

SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS - Filosofía. Marco normativo / FONDOS DE SOLIDARIDAD Y REDISTRIBUCION DE INGRESOS - Concepto. Marco normativo

Al ser los servicios públicos domiciliarios inherentes a la finalidad social del Estado (arts. 1 y 365 Constitucionales), en tanto que contribuyen -como ha subrayado en diversas oportunidades la Sala- al mejoramiento de la calidad de vida de la población, en los términos de los artículos 2 y 366 de la Carta, su prestación constituye la concreción material y efectiva de la cláusula Estado Social de Derecho (art. 1 C.P.). Cláusula que se funda en el respeto al viejo postulado de la dignidad humana, como valor supremo de toda Constitución que se afirma democrática y que está erigida a partir de la búsqueda de la igualdad material que parte del supuesto conforme al cual el Estado debe promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva (inc. 2 art. 13 eiusdem). Con esta perspectiva se diseñó desde el nivel constitucional el nuevo esquema jurídico de prestación de los servicios públicos, que aunque supera la asimilación a la noción de función pública, no deja todo al libre juego de un mercado en competencia, sino que reconoce al Estado un rol de dirección de la economía que exige no sólo la regulación y el control, como expresiones distintivas de la policía administrativa a él asignada (arts. 150.8, 189.22, 365 y 370 C.P.), sino que también impone, en el marco de una economía social de mercado, el diseño y puesta en aplicación de un esquema tarifario que debe estar precedido por la aplicación real y efectiva del principio constitucional de la solidaridad (arts. 1, 95.9, 367 y 368 C.P.), criterio fundamental del régimen tarifario, que no puede subordinarse a los otros previstos por la ley. Ahora, si bien es cierto que el artículo 355 Constitucional establece una prohibición categórica consistente en que ninguna de las ramas u órganos del poder público podrá decretar auxilios o donaciones a favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado, el artículo 368 C.P., a su vez, señala 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. Por manera que esta autorización constitucional a los diferentes niveles territoriales para conceder subsidios constituye una excepción que el artículo 368 C.P. introduce a lo prescrito en el artículo 355 de la misma, tal y como lo señaló la Corte Constitucional en la ratio decidendi de la providencia que estudió la constitucionalidad del numeral 89.8 del artículo 89 de la ley 142. Este mandato constitucional del artículo 368 debe armonizarse con otros dos preceptos constitucionales: el contenido en el artículo 365 conforme al cual es deber del Estado asegurar la prestación eficiente de los servicios y el previsto en el artículo 366, por cuya virtud el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado, de modo que será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades básicas insatisfechas de saneamiento ambiental y de agua potable y para tales efectos, en los planes y presupuestos de la Nación y de las entidades territoriales, el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación.

SUBSIDIOS EN ESTRATOS DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS - Forma de asignación

Si bien es cierto que acorde con las voces de los numerales 99.6 y 99.7 de la Ley 142 de 1994 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 y que los subsidios sólo se otorgarán a los usuarios de inmuebles residenciales y a las zonas rurales de los

estratos 1 y 2 y que las Comisiones de Regulación definirán las condiciones para otorgarlos al estrato 3 (inc. 1º del artículo 89 eiusdem), no es menos cierto que la Ley del Plan de Desarrollo (artículo 116 de la Ley 812 de 2003), permite que al estrato 1 se le conceda un subsidio de hasta el 70%. Nótese que la prioridad en la entrega de subsidios es para los estratos 1 y 2, de allí que los criterios para otorgarlos pueden sintetizarse así: i) Se conceden únicamente al consumo básico o de subsistencia y al cargo fijo; ii) Se otorgan a los estratos 1 y 2, en proporciones que no superen el 70% y el 40% respectivamente; iii) Sólo se asignará al estrato 3 cuando la cobertura efectiva sea superior al 95%, en proporción que no exceda al 15% (arts. 1.2.1.1 y 2.5.2.5 de la Resolución CRA 151 de 2001). Ahora, para llegar a esos niveles máximos de subsidios, previstos en el numeral 99.6 del artículo 99 de la ley 142 y en el artículo 116 de la ley 812 de 2003, es preciso garantizar los recursos que los cubran, si bien una parte proviene de los ‘aportes solidarios’ que deben hacer los estratos 5 y 6 y los usuarios industriales y comerciales, otra parte debe ser asignada por los municipios, tratándose del sector de acueducto, alcantarillado y aseo, vía presupuesto, mediante recursos propios o de los que le transfiere la nación, como pasa a verse.

SOLIDARIDAD TARIFARIA - Concepto. Marco normativo. Fondos de Solidaridad y Redistribución de Ingresos

Aunque la ley 142 de 1994 desarrolló este criterio de ‘solidaridad tarifaria’, mediante el ‘factor’ adicional, ‘contribución’ o ‘aporte solidario’ que se viene aplicando a los estratos 5 y 6 e industriales y comerciales, como una suerte de rezago de los denominados “subsidios cruzados” (artículo 87.3 de la ley 142), este no fue concebido como el único instrumento de ayuda a la financiación de los usuarios de menores recursos para que éstos puedan pagar las tarifas de los servicios que cubran sus necesidades básicas. En efecto, la ‘solidaridad tarifaria’, que se manifiesta en una política legislativa de concesión material de subsidios a los usuarios de menores ingresos, parte del supuesto del efectivo apoyo estatal a través de sus distintos niveles territoriales vía presupuesto (“subsidio tarifario directo”), de modo que su buen suceso no pende exclusivamente de la aplicación de un esquema de estratificación socioeconómica expresado en una mayor facturación para los estratos altos, sino que se ha configurado un modelo más completo que busca otras fuentes complementarias para su financiación mediante la creación y efectiva aplicación de los Fondos de Solidaridad y Redistribución de Ingresos, por lo que la constitución de los FSRJ comporta su efectiva operación, tal y como se desprende de las normas legales y reglamentarias que regulan la materia.

SUBSIDIOS EN SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS - Instrumentos del Estado para su intervención. Marco normativo

En consonancia con este texto legal, el numeral 3.7 del artículo 3 de la ley 142 de 1994 establece que constituyen instrumentos para la intervención estatal en los servicios públicos todas las atribuciones y funciones asignadas a las entidades, autoridades y organismos de que trata esta ley, entre ellas las relativas al otorgamiento de subsidios a las personas de menores ingresos. Por su parte, el numeral 5.3 del artículo 5 de la ley 142 establece que es competencia de los municipios en relación con los servicios públicos, que ejercerá en los términos de la ley y de los reglamentos que con sujeción a ella expidan los concejos: A su vez, el numeral 11.3 del artículo 11 de la ley 142 estipula que para cumplir con la función social de la propiedad, pública o privada, las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios tienen la obligación de facilitar a los usuarios de menores ingresos el acceso a los subsidios que otorguen las autoridades. En

armonía con estas disposiciones, el artículo 53 in fine de la ley 142 señala que las entidades encargadas de prestar los servicios públicos domiciliarios deberán informar periódicamente de manera precisa, la utilización que dieron a los subsidios presupuestales. Igualmente, el numeral 63.4 del artículo 63 de la ley 142 al prever las atribuciones de los Comités de Desarrollo y Control Social de los servicios públicos subraya el carácter imperativo de la concesión de subsidios a los usuarios de bajos ingresos por parte del municipio, con cargo a su presupuesto: Este principio de solidaridad también se exterioriza en el numeral 86.2 del artículo 86 de la ley 142 a cuyos términos el régimen tarifario en los servicios públicos domiciliarios está compuesto, entre otras, por reglas relativas al sistema de subsidios que se otorgarán para que las personas de menores ingresos puedan pagar las tarifas de los servicios que cubran sus necesidades básicas.

FALTANTES EN SUBSIDIOS DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS - Asignación a través de los fondos de solidaridad y redistribución de ingresos. Asignación mediante recursos presupuestales

Tan claro fue el legislador en el imperativo legal de canalizar recursos al FSRI creado cuando quiera que se presenten faltantes para el otorgamiento de subsidios al consumo básico, que el numeral 89.8 del artículo 89 de la ley 142, modificado por el artículo 7 de la ley 632 de 2000, manda: Nótese la diferencia en la redacción de las dos hipótesis previstas en el texto legal transcrito, mientras que frente a la primera (cuando los FSRI no sean suficientes para cubrir la totalidad de subsidios necesarios destinado al consumo básico), la solución legislativa tiene un nítido carácter imperativo: la diferencia será cubierta con otros recursos presupuestales de las entidades del orden territorial; la segunda es meramente optativa: la regla sentada no impide que en cualquier tiempo las entidades territoriales que “deseen asignar subsidios” lo pueden hacer a través de dichos fondos. De las reglas contenidas en el artículo 99 de la ley 142, claro desarrollo de la “autorización” constitucional para otorgar subsidios contenida en el artículo 368 Superior, o lo que es igual, de la excepción a la regla prohibitiva de auxilios (art. 355 C.P.), varias de ellas subrayan cómo ésta no puede llevarse a cabo si no se canalizan los recursos presupuestales a través de las cuentas especiales que se impone crear para el efecto (FSRI). En la misma línea, en cuanto hace a una de esas fuentes para el otorgamiento de subsidios, la participación de los municipios en los ingresos corrientes de la nación, el artículo 78 de la ley 715 de 2001, que modificó la ley 60, determinó que si la Superintendencia de Servicios Públicos domiciliarios no certifica un cambio de destino de los recursos de transferencias, el municipio debe ubicarlos en los Fondos de Solidaridad y Redistribución de Ingresos o destinarlos a obras de infraestructura en el sector de acueducto y saneamiento básico.

FONDOS DE SOLIDARIDAD Y REDISTRIBUCION DE INGRESOS - Deber de creación recae en los Concejos Municipales y en las Asambleas Departamentales

Así, el Decreto Reglamentario 565 de 1996 prescribe -sin ambages- en el artículo 4, al regular la naturaleza de los fondos de solidaridad y redistribución de ingresos para el sector de acueducto y saneamiento básico, que el deber legal de constituir los Fondos de Solidaridad y redistribución de Ingresos-FSRI le corresponde a los concejos municipales y distritales y a las asambleas departamentales.

FONDOS DE SOLIDARIDAD Y REDISTRIBUCION DE INGRESOS - Formas de financiación

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. Los subsidios no solamente tienen por fuente la denominada "contribución de solidaridad" que como sobreprecio deben pagar los estratos altos e industriales y comerciales ('subsidio tarifario cruzado'), sino que el esquema diseñado prevé una amplia gama de fuentes que forman parte ordinaria de los recursos presupuestales ('subsidio tarifario directo'). 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, cuando quiera 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 ley 142 modificado por el artículo 7 de la ley 632). En definitiva, el modelo de solidaridad tarifario no puede hacerse soportar tan sólo 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.

FONDOS DE SOLIDARIDAD Y REDISTRIBUCION DE INGRESOS - No existe norma que obligue a su creación / COMITES DE DESARROLLO Y CONTROL SOCIAL - Son diferentes a los Fondos de Solidaridad y Redistribución de Ingresos

No existe mandato normativo que exija la creación de un Comité de Control y Vigilancia del FSRI. Revisadas las normas que regulan la materia, tal y como lo ha señalado por *vía de doctrina* (art. 26 del C.C.) la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, no existe norma legal ni reglamentaria que exija la creación de un Comité de Control y Vigilancia del FSRI, como tampoco que supedita el pago de los subsidios al funcionamiento de dicho comité y ese requerimiento dependerá del reglamento establecido por el Acuerdo u Ordenanza en cuya virtud se disponga la constitución del Fondo, de modo que su no integración no comporta violación alguna de ningún derecho o interés colectivo. Estos comités de vigilancia que pide la demanda popular que se constituyan son diferentes de los Comités de Desarrollo y Control Social-CDCS, previstos en el título V de la ley 142 (arts. 62 y ss) y reglamentados por el Decreto 1429 de 1995, compuestos por usuarios, suscriptores o suscriptores potenciales de uno o más de los servicios públicos, y sobre cuya conformación debe velar el respectivo alcalde, con los que se busca asegurar la participación de los usuarios en la gestión y fiscalización de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, como una expresión más de la democracia participativa. En cuanto hace al comité de vigilancia, la Sala encuentra que su constitución o no resulta irrelevante en tanto no existe norma legal que imponga ello, por lo que, en relación con este punto no hay lugar a violación de ninguno de los derechos colectivos invocados. Además, obra en el expediente copia del Acuerdo No. 011 de 15 de junio de 2000, remitida por el municipio demandado al *a quo*, por medio del cual se creó el FSRI, en el artículo

18 de dicho acto administrativo se indica que se conformará el Comité de Vigilancia del FSRI.

ACCION POPULAR - Carga de la prueba corresponde al actor. Ausencia de prueba en el alegado sobreprecio a las tarifas de los Servicios Públicos Domiciliarios

La prueba documental antes relacionada, evaluada conjuntamente, permite a la Sala concluir que, con cargo a su presupuesto y con destino a la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y aseo, el municipio de Zipaquirá arbitró recursos correspondientes a los faltantes que por ley le corresponde asumir. Correspondía al actor popular demostrar que el comportamiento desplegado por el ente demandado comporta la violación de los derechos colectivos invocados en la demanda popular instaurada, lo cual no tuvo lugar en el sub lite. Cabe recordar que la carga de la prueba de los supuestos de hecho a través de los cuales se asegura la vulneración de los derechos colectivos, corresponde al accionante, quien si bien puede ser auxiliado por el juez en esta tarea, no se ve relevado totalmente de esa carga, como expresamente lo estableció el artículo 30 de la citada ley, máxime si se tiene en cuenta que actúa movido no sólo por el ánimo de proteger un derecho o interés colectivo, sino que a ése, se une el móvil de la retribución económica que la prosperidad de la acción le puede generar. Ahora bien, cuando alguien afirma que otro no ha cumplido un deber o una obligación a su cargo, esta aseveración no reviste, a juicio de la Sala, el carácter de negación indefinida que lo exonere de prueba (*incumbit probatio eri qui dicit, non qui negat*), pues comporta en realidad de verdad la aserción general y abstracta de que éste ha incumplido. Se está delante de una negación que lo es apenas en apariencia o formal (*negativa praegantem*), en tanto es susceptible de ser establecida por medio de la justificación del hecho afirmativo contrario: el incumplimiento.

NEGACION DEFINIDA - Forma de prueba / DEFICIENCIA PROBATORIA - Ausencia de razones de Ley para permitir la intervención del Juez

Se trata, entonces, de una negación definida que es susceptible de demostración acreditando el hecho positivo contrario que en forma implícita se indica, por lo que no está exenta de prueba a términos del inciso segundo del artículo 30 de la ley 472, en consonancia con el artículo 177 del C. de P. C. y el artículo 1757 del C.C. (*onus probandi incumbit actori*). En tal virtud, el accionante ha debido acreditar este aserto para lograr el éxito de sus pretensiones en tanto a él correspondía la carga de probar los hechos en que se funda la acción, regla que trae aparejado que el demandado ha de ser absuelto de los cargos, si el demandante no logró probar los hechos constitutivos de la demanda (*actore non probante, reus absolvitur*). Finalmente, aunque el citado artículo 30 de la ley 472 de 1998 señala que si por razones de orden económico o técnico la carga de la prueba no puede ser cumplida por el demandante, el juez debe impartir las órdenes necesarias para suplir la deficiencia y obtener los elementos probatorios indispensables para proferir un fallo de mérito, esta situación no se presentó en el caso concreto, dado que la deficiencia probatoria fue ajena a las razones consignadas en la ley.

MORALIDAD ADMINISTRATIVA - Concepto. Forma de determinación / DERECHO COLECTIVO A LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA - Juicio de legalidad. Necesidad de unión a otros derechos colectivos / FUNCION ADMINISTRATIVA - Violación al principio de legalidad / MORALIDAD ADMINISTRATIVA - Conducta antijurídica / MORALIDAD ADMINISTRATIVA - No es igual a ilegalidad. Desviación de poder. Ausencia de violación en el caso concreto

Frente a lo que se entiende por moralidad administrativa, la Sala precisó, en tesis que ha sido constantemente reiterada, que en un Estado pluralista como el que se identifica en la Constitución de 1991 (art. 1), la moralidad tiene una textura abierta, en cuanto de ella pueden darse distintas definiciones. Sin embargo, si dicho concepto se adopta como principio que debe regir la actividad administrativa (art. 209 ibídem), la determinación de lo que debe entenderse por moralidad no puede depender de la concepción subjetiva de quien califica la actuación sino que debe referirse a la finalidad que inspira el acto de acuerdo con la ley. Desde esta perspectiva, ha de considerarse como inmoral toda actuación que no responda al interés de la colectividad y específicamente, al desarrollo de los fines que se buscan con las facultades concedidas al funcionario que lo ejecuta. Se advierte, por tanto, una estrecha vinculación entre este principio y la desviación de poder. La jurisprudencia de la Corporación ha ido precisando el concepto de moralidad administrativa, como derecho colectivo que puede ser defendido por cualquier persona, del cual se destacan estas características: "a) es un principio que debe ser concretado en cada caso; b) al realizar el juicio de moralidad de las actuaciones, deben deslindarse las valoraciones sobre conveniencia y oportunidad que corresponde realizar al administrador de aquellas en las que se desconozcan las finalidades que debe perseguir con su actuación; c) en la práctica, la violación de este derecho colectivo implica la vulneración de otros derechos de la misma naturaleza." El actor señaló como vulnerado el derecho a la moralidad administrativa, violación que considera se configura con la supuesta no constitución real y efectiva del FSRI de conformidad con lo previsto por la ley, evento que no se configura en el sub lite. La moralidad administrativa, se refiere al ejercicio de la función administrativa conforme al ordenamiento jurídico y a las finalidades propias del cumplimiento de las funciones públicas, determinadas por la satisfacción del interés general y no por intereses privados y particulares, sin que cualquier vulneración al ordenamiento jurídico, en el ejercicio de tal función, lleve consigo de manera automática, vulneración a la moralidad administrativa, por cuanto, no toda violación al principio de legalidad, implica automáticamente violación del derecho colectivo a la moralidad administrativa. Con este propósito es importante precisar que en veces la violación al principio de legalidad, que se traduce en el no acatamiento de la normatividad en el ejercicio de la función administrativa, puede conducir a concluir también la vulneración a la moralidad administrativa, porque a la ilegalidad de la actuación se une la conducta antijurídica de quien la ejerce, en tanto actúa no con el ánimo de satisfacer el interés general, sino con el claro propósito de atender intereses personales y particulares, esto es, se vale de la función que ejerce como servidor del Estado, en provecho propio. Pero no siempre la ilegalidad conduce a la vulneración a la moralidad administrativa y corresponde al demandante en la acción popular la carga procesal de precisar el aspecto en el cual radica la trasgresión a este principio, endilgando acusaciones propias de su vulneración y no solo de ilegalidad. Igualmente al juez de la acción popular le corresponde superar los límites de la revisión de ilegalidad de la actuación con la que según la demanda se vulnera la moralidad administrativa, para extender su análisis a las motivaciones que llevaron al funcionario a ejecutar la actuación. Se evidencia entonces, que si bien el concepto de moralidad administrativa se subsume en el principio de legalidad, son conceptos diferentes, en tanto aquel concepto atañe a que de por medio se ventilen intereses diametralmente contrarios a la función administrativa. En síntesis, los cargos que se imputen en la demanda deben ser fundados en conductas que no solo se alejen de la ley, sino que deben ser acompañados de señalamientos de contenido subjetivo contrarios a los fines y principios de la administración como lo serían la deshonestidad o la corrupción, cargos que deben ser serios, fundados y soportados en medios probatorios allegados oportunamente al proceso, dado que cualquier imputación

sobre inmoralidad administrativa en la que estén ausentes las acusaciones de tal aspecto, no tiene vocación de prosperidad. Ha dicho la Sala que la trasgresión del derecho colectivo en comento tiene lugar igualmente en eventos de DESVIACION DE PODER, esto es, cuando el funcionario público hace uso de sus poderes con un fin distinto de aquel para el cual han sido conferidos. En este asunto, los cargos imputados a la entidad demandada son fundados en conductas que según el mismo demandante se alejaron de la ley, pero la conducta desplegada por la administración no evidencia un comportamiento contrario a los fines y principios de la administración (deshonestidad o corrupción, etc.). Sigue de lo anterior que no se evidencia violación al derecho colectivo a la moralidad administrativa por parte del ente accionado.

DERECHO COLECTIVO AL PATRIMONIO PUBLICO - Ausencia de vulneración. Inescindibilidad con el derecho colectivo a la moralidad administrativa. Independencia de la vulneración al derecho colectivo. Forma de prueba

En cuanto al derecho colectivo al patrimonio público hay lugar a concluir, como se hizo al analizar el derecho a la moralidad administrativa que tampoco fue vulnerado, habida consideración a que la Sala no verificó la existencia de una conducta vulnerante por parte de la entidad territorial demandada. El acervo probatorio recaudado que no demostró detrimento al patrimonio público. Ha señalado esta Sala la inescindibilidad que por regla general se presenta entre la vulneración a los derechos colectivos a la moralidad administrativa y el patrimonio público, dado que por regla general la vulneración de uno conduce a la conclusión sobre la vulneración del otro. Se ha puntualizado que aunque “pueda imaginarse un daño a la moralidad administrativa aislado de sus consecuencias..., en la práctica, es difícil concebir un evento en que la administración se separe de los imperativos del principio de la moralidad sin afectar otros derechos colectivos como el de la defensa del patrimonio público, el de la libre competencia económica, el de la seguridad pública o el de la prevención de desastres técnicamente previsibles, entre otros”. Lo anterior no impide que se consolide la vulneración al patrimonio público con independencia de que exista o no violación a la moral administrativa, pero necesariamente el accionante debe demostrar el detrimento al patrimonio público, aspecto que debe ser estudiado a pesar de que no se haya acreditado vulneración a la moralidad administrativa.

VULNERACION AL DERECHO COLECTIVO DE ACCESO A LOS SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS - Se configura cuando no exista viabilidad económica para mantener el sistema de subsidios / SISTEMA DE SUBSIDIOS - Su sostenimiento no puede recaer en las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios

La obligación legal en cabeza de los concejos municipales de constituir FSRI (inc. 2 art. 89 ley 142) parte del supuesto elemental según el cual este deber legal implica su efectiva puesta en funcionamiento, tal y como lo ha señalado esta Corporación, mediante la implementación de todas las medidas necesarias para que dichos Fondos cumplan los objetivos para los cuales fueron previstos por el legislador, o lo que es igual, la concesión de subsidios a través de los FSRI no puede llevarse a cabo si no se arbitran o canalizan los recursos para tal efecto por parte de la entidad territorial correspondiente, pues como afirma la doctrina, esa facultad de dar subsidios no puede operar sino previa incorporación de las apropiaciones suficientes para pagar los subsidios en los presupuestos de la Nación, los departamentos, los distritos, los municipios y las entidades descentralizadas, se trata de un requisito de la mayor importancia, no solo desde

el punto de vista político, sino desde el punto de vista de la racionalidad del gasto. Esa omisión trae aparejada la vulneración del derecho al acceso a los servicios públicos domiciliarios, habida consideración a que su esquema de prestación está edificado –como ya se indicó- a partir de la aplicación efectiva del criterio de solidaridad, cuya puesta en marcha a través de los FSRI permite que los usuarios de menores recursos puedan pagar sus servicios, tal y como quedó expuesto, sin que ello implique poner en riesgo la viabilidad financiera de las empresas prestadoras. De acuerdo con el modelo de prestación las ESP no son las llamadas a costear contra su patrimonio o con cargo a sus utilidades o dividendos el pago de una parte de las facturas de los usuarios de menos ingresos, pues de ser así se pondrían en riesgo eventuales inversiones en mantenimiento de la infraestructura o en expansión de la cobertura, en desmedro de la prestación eficiente del servicio y de los usuarios mismos, pues como se señaló en la Directiva Presidencial 05 de 2002 la sostenibilidad y viabilidad del nuevo esquema para la prestación de los servicios públicos domiciliarios a corto, mediano y largo plazo, dependen de la consolidación de empresas eficientes y financieramente fuertes y del fortalecimiento del Estado como ente regulador y de control.

FONDOS DE SOLIDARIDAD Y REDISTRIBUCION DE INGRESOS - La obligación municipal de su creación es exclusiva para el servicio de acueducto, alcantarillado y aseo / FONDOS DE SOLIDARIDAD Y REDISTRIBUCION DE INGRESOS PARA OTROS SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS - Su creación es de carácter nacional. Contribuciones a los Servicios Públicos Domiciliarios / APORTES DE LOS MUNICIPIOS A LOS FONDOS DE SOLIDARIDAD Y REDISTRIBUCION DE INGRESOS - Se deben realizar a través de una cuenta nacional. Principio del efecto útil

No le asiste razón al apelante cuando observa que el demandado ha incumplido parcialmente con la obligación de crear el F.S.R.I., por cuanto ha inobservado su deber de cubrir también los subsidios para los servicios públicos domiciliarios de energía eléctrica, telefonía básica y gas domiciliario. Y encuentra la Sala que esa afirmación carece de sustento legal, por cuanto de conformidad con los mandatos legales siguientes, la obligación de la constitución y puesta en funcionamiento de los F.S.R.I. a nivel municipal recae exclusivamente respecto de los sectores de acueducto, alcantarillado y aseo (arts. 89.3, 67.4, 74.3 lit. e) de la ley 142, art. 47 de la ley 143, ley 223 de 1995, inc. 3 y 4 del art. 5 de la ley 286 de 1996, Decreto 2375 de 1996 modificado por el Decreto 3090 de 1997 art. 4 de la ley 632 de 2000, Decreto Reglamentario 847 de 2001, modificado por el Decreto 201 de 2004). En efecto, según los términos del numeral 89.2 del artículo 89 de la ley 142 a los fondos de solidaridad (sin importar su nivel territorial: nación, departamento, municipio) ingresan en forma efectiva únicamente: i) los excedentes que se generen luego de aplicar el factor que corresponde pagar a los estratos altos, industriales y comerciales; y ii) la diferencia que debe cubrir la autoridad territorial respectiva cuando se presenten faltantes, esto es, en el evento en que dichos fondos no sean suficientes para cubrir la totalidad de los subsidios necesarios. En otros términos, el fondo de solidaridad maneja solamente los ingresos superavitarios de la contribución solidaria y los que provengan de las entidades territoriales competentes para cubrir los faltantes eventuales. Mientras que los F.S.R.I. para los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo tienen un carácter un carácter eminentemente municipal (numeral 99.5 del artículo 99 de la ley 142), aquellos en relación con los servicios de energía eléctrica, gas combustible distribuido por red física y telefonía básica conmutada ostentan un carácter nacional como consecuencia de las modificaciones introducidas por el artículo 5º de la ley 286 al citado numeral 89.2 del artículo 89 de la ley 142, a saber: i) las contribuciones que pagan los usuarios del servicio de energía eléctrica, de gas

combustible distribuido por red física y de telefonía básica conmutada son de carácter nacional; ii) En consecuencia, al ser recursos de carácter nacional sus excedentes van a los fondos de solidaridad de igual naturaleza (Fondo de Solidaridad para Subsidios y Redistribución de Ingresos de la Nación-Ministerio de Minas y Energía y al Fondo de Comunicaciones del Ministerio de la Nación Ministerio de Comunicaciones). Por manera que si a los fondos municipales no ingresan los recursos superavitarios por concepto de la contribución solidaria en tratándose de los servicios de energía eléctrica, gas y telefonía básica conmutada dada su naturaleza nacional, los faltantes tampoco se evidenciarán en los fondos municipales, puesto que luego de la ley 286, los déficit sólo pueden apreciarse en los fondos nacionales. Por otra parte, no existe en la normatividad vigente precepto que imponga al municipio deber de hacer aportes para cubrir los faltantes en relación con estos servicios, situación que se explica en el hecho de que ni siquiera la cuenta puede crearse a nivel municipal dado que por imperativo legal esta es de orden nacional. Por la inteligencia de las normas que regulan la materia, si una entidad territorial es responsable de la administración de los superávit que se generen por concepto de “contribuciones” en un determinado servicio, esa misma entidad territorial será la responsable de entrar a responder por los eventuales faltantes que se presenten en su financiamiento, porque a su cargo está la creación del FSRI, en cuanto a ese determinado servicio, a menos que la ley disponga otra cosa. Ahora bien, si el municipio decide realizar aportes para cubrir faltantes que se presenten en los fondos nacionales, sólo podría hacerlo a través de la cuenta nacional creada por ley al efecto y no ingresando dineros a una ‘nueva’ cuenta de orden municipal, sin conexión alguna con la cuenta de orden nacional creada justamente para esos efectos. Interpretar lo contrario atentaría contra la naturaleza de este instituto jurídico (los FSRI) y además reñiría con el principio de “eficiencia” con base en el cual debe desarrollarse la función administrativa (art. 209 Constitucional). La interpretación que acoge la Sala, además, le confiere sentido a las normas legales antes referidas, de modo que produzcan un efecto útil: frente a faltantes deben hacerse aportes efectivos que se enderecen a suplir los mismos, recursos que sólo pueden arbitrarse a través de la cuenta creada al efecto.

TELEFONIA PUBLICA BASICA CONMUTADA - La transferencia de superávits se realiza a través del Fondo de Comunicaciones del Ministerio

Tal y como ya lo ha señalado la Sala en tres decisiones uniformes (art. 4º de la ley 169 de 1896), después de la modificación que introdujo el artículo 5º de la ley 286 de 1996 en lo que hace a la telefonía local, los recursos superavitarios resultantes de la aplicación del factor, no serán transferidos por los prestadores a los fondos municipales, sino al Fondo de Comunicaciones del Ministerio, lo cual significa que con esta norma se modificó el mandato contenido en el numeral 89.2 del artículo 89 de la ley 142 consistente en que los operadores de telefonía básica conmutada local debían transferir a los fondos los excedentes por concepto de subsidios.

MULTA EN ACCION POPULAR - Inactividad del actor. Fondo para la defensa de los Derechos e Intereses Colectivos

Ahora bien, dado que el actor no realizó ningún tipo de actuación tendiente a demostrar la vulneración de los derechos colectivos cuya protección invocó en la demandad y dado que el Fondo de Solidaridad y Redistribución de ingresos fue creado con anterioridad a la presentación de la demanda la Sala confirmará la multa equivalente a diez (10) salarios mínimos legales mensuales con destino al

Fondo para la defensa de los derechos e intereses colectivos, que en aplicación de lo dispuesto por el artículo 38 de la ley 472 se impuso por el a quo.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO

Bogotá, D.C., doce (12) de octubre de dos mil seis (2006)

Radicación número: 25000-23-24-000-2004-00932-01(AP)

Actor: SERGIO SANCHEZ

Demandado: MUNICIPIO DE ZIPAQUIRA

Referencia: ACCION POPULAR - APELACION DE SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia proferida por la Sección Primera, Subsección B del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 8 de septiembre de 2005, la cual será confirmada.

Mediante la sentencia apelada, se despacharon negativamente las súplicas de la demanda y se impuso una multa al actor.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

A través de escrito presentado ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 26 de abril de 2004, Sergio Sánchez interpuso acción popular en contra del Municipio de Zipaquirá, con el fin de obtener la protección de los derechos colectivos a la moralidad administrativa, la defensa del patrimonio público, la seguridad y salubridad públicas, el acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública, el acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna y los derechos de los consumidores y usuarios,

los que estima vulnerados por la no creación del 'Fondo de Solidaridad y Redistribución Social de Ingresos' (sic) y la no integración del Comité de Control y Vigilancia respectivo, tal como lo ordena el artículo 89 de la ley 142 de 1994. Solicitó que, en consecuencia, se accediera a las siguientes pretensiones:

“PRIMERO: Se declare que el Alcalde de ZIPAQUIRÁ, ha violado los derechos colectivos consagrados en los Artículos 1, 2, 334, 336, 365, 366, 367, 368, 369, 370 de la Constitución Nacional (sic) y los determinados en la Ley 472 de 1.998, Artículo 4, Literales b) La moralidad administrativa; e) La defensa del patrimonio público; g) La seguridad y salubridad públicas; h) El acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública; j) El acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna; n) Los derechos de los consumidores y usuarios, por omisión de cumplir sus deberes funcionales (sic) como primera autoridad civil, política y administrativa al sustraerse a hacer activo (sic), real y efectivo el funcionamiento del “Fondo de Solidaridad y Redistribución Social de Ingresos” (sic) y del Comité de Control y Vigilancia del “Fondo de Solidaridad y Redistribución Social de Ingresos” (sic) del Municipio de ZIPAQUIRÁ.

SEGUNDO: En consecuencia, se ordene al Alcalde de ZIPAQUIRÁ para que disponga:

A. La creación y funcionamiento inmediato del “Fondo de Solidaridad y Redistribución Social de Ingresos”(sic) como cuenta especial activa, real y efectiva en el Municipio de ZIPAQUIRÁ.

B. La creación e integración y funcionamiento inmediato del Comité de Control y Vigilancia del “Fondo de Solidaridad y Redistribución Social de Ingresos” (sic) como ente de ‘participación ciudadana’, de ‘administración colegiada’ y ‘de vigilancia y control’ de la gestión de los servicios públicos de manera activa, real y efectiva en el Municipio de ZIPAQUIRÁ, permiten garantizar el acceso a los servicios públicos domiciliarios de los usuarios de los estratos 1, 2 y, eventualmente, del 3 en ese municipio; que garantiza el acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública; y posibilitan que los consumos de dichos usuarios en ZIPAQUIRÁ sean subsidiados (artículo 4, literales h), j) y n), de la Ley 472 de 1998).

C. Realizar inmediatamente los estudios correspondientes para la ejecución del “Fondo de Solidaridad y Redistribución Social de Ingresos” (sic) en el Municipio de ZIPAQUIRÁ.

D. Pedirles inmediatamente a las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios que funcionan en el Municipio de ZIPAQUIRÁ presentarle (sic) un informe detallado del manejo dado a los recaudos que resultaron de aplicar los factores de que trata el artículo 89 de la ley 142 de 1994 en el año 2003 y lo que va corrido del 2004 (Balance de Subsidios y Aportes causados durante el año 2003 para determinar los valores sobre precio y subsidio y la aplicación de Subsidios y Contribuciones).

E. Pedirles inmediatamente a las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios que funcionen en el Municipio de ZIPAQUIRÁ presentarle (sic) un informe sobre el manejo que se ha dado a los recursos de dichas empresas cuando se ha presentado superávit.

TERCERO: Sírvase decretar a favor del actor popular el incentivo que habla el artículo 40, o en su defecto el artículo 39 de la Ley 472 de 1998.

CUARTO: Ordene la inscripción de esta demanda y la sentencia que se llegue a dictar en este entuerto (sic), en el registro público de acciones populares y de grupo.” (fols. 8 y 9 c. 1)

2. Hechos

De la demanda se infieren los siguientes:

i. Que el Concejo de Zipaquirá de acuerdo con el artículo 89 de la ley 142 de 1994, está en la obligación de expedir el acuerdo municipal por el cual se crea el “Fondo de Solidaridad y Redistribución Social de Ingresos”(sic), que tiene como finalidad garantizar la correcta asignación de los subsidios para servicios públicos domiciliarios en los estratos 1, 2 y eventualmente 3, y su Comité de Control y Vigilancia para garantizar la participación ciudadana en el estudio y aprobación de la programación anual de asignación de subsidios a la demanda de los estratos pobres y ejercer el control en el funcionamiento del Fondo, obligación legal que ha sido incumplida razón por la cual en las pretensiones de la demanda solicita su creación.

ii. Que el alcalde de Zipaquirá no ha realizado los estudios correspondientes para la ejecución del ‘Fondo de Solidaridad y Redistribución Social de Ingresos’ (sic).

iii. Que el demandado tampoco ha requerido a las empresas prestadoras de servicios públicos para que informen sobre el manejo que les ha dado a los recaudos de las sumas resultantes de aplicar los factores de que trata el artículo 89 de la ley 142, cuando se ha presentado superávit, lo cual comporta violación a la moralidad administrativa, al efecto cita *in extenso* una providencia de la Sala que aborda el tema, y agrega que al tiempo vulnera los derechos colectivos al acceso a los servicios públicos y a una infraestructura que garantice la salubridad pública.

iv. Que la constitución real y efectiva del “Fondo de Solidaridad y Redistribución de Ingresos” y que el pleno funcionamiento del Comité de Control y Vigilancia de

dicho fondo, garantizan el acceso a los servicios públicos domiciliarios, a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública y el otorgamiento de los subsidios (fls. 5 a 8 c.1).

3. Oposición de los demandados

Mediante auto de 27 de abril de 2004, el Tribunal admitió la demanda y ordenó notificar al alcalde del Municipio de Zipaquirá, al Ministerio Público y a la Defensoría del Pueblo (fls. 15 a 16 c. 1). El Alcalde de Zipaquirá fue notificado personalmente el 8 de julio de 2004 (fl. 407 c. 1).

3.1 El alcalde del municipio de Zipaquirá, mediante apoderado judicial contestó oportunamente la demanda. Afirmó que en dicho municipio no se han vulnerado los derechos colectivos que se estimaron violados en la demanda.

Consideró que el actor realizó un descripción incorrecta de las conductas vulnerantes de los derechos colectivos cuya protección pretende, por cuanto la omisión de contestar el correo electrónico mediante el cual la parte actora solicitó información sobre la creación y funcionamiento del Fondo de Solidaridad y Redistribución de Ingreso comporta una violación al derecho fundamental de petición y no una vulneración a los derechos colectivos cuya protección se reclama.

Manifestó que con anterioridad a la presentación de la demanda en el municipio ya se había sido creado el Fondo de Solidaridad y Redistribución de Ingresos, mediante el Acuerdo municipal No. 11 de 15 de junio de 2.000. Expuso que los hechos en los que se fundamentó la demanda desconocen la realidad del municipio de Zipaquirá, toda vez que de los mismos no puede determinarse la existencia acciones u omisiones imputables al alcalde de Zipaquirá, que impliquen la violación de los derechos colectivos que estima vulnerados en relación con el otorgamiento de subsidios en los estratos 1, 2 y 3 de conformidad con lo establecido en los artículos 98, 99 y 100 de la ley 142 de 1994.

Puso de presente que la administración municipal adelantó los estudios para la ejecución del Fondo de Solidaridad y Redistribución de Ingresos, y que ello se evidencia en el convenio interadministrativo suscrito entre el municipio de Zipaquirá y la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo del ese municipio el 9 de septiembre de 2002, el cual tiene por objeto adoptar el “*modelo para la adecuada realización, adopción, aplicación y actualización de las estratificación*”

socioeconómica y el debido proceso de atención de reclamos", con el fin de aplicarlo en relación con el citado Fondo.

Afirmó que sí existen informes del gerente de la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Zipaquirá, respecto del manejo de los recursos destinados a subsidiar el consumo de dichos servicios en los estratos 1, 2 y 3 (fls. 33 a 41 c.1).

3.2. La Defensoría el Pueblo, Regional Cundinamarca, mediante escrito presentado el 23 de junio de 2.004 coadyuvó la demanda, con fundamento en el artículo 24 de la ley 472 de 1.994 dada la importancia que reviste la acción popular como mecanismo de defensa ante la eventual amenaza de vulneración de los derechos colectivos. Señaló que dentro del asunto en examen era necesario establecer si existían lesiones públicas y ostensibles a los derechos colectivos invocados en la demanda (fls. 25 a 27 c.1).

4. La audiencia de pacto de cumplimiento

A la audiencia especial, realizada el 23 de noviembre de 2.004, asistieron las partes, el Ministerio Público y la Defensoría del Pueblo, sin que se llegara a ningún acuerdo, razón por la cual se declaró fallida en los términos del artículo 27 de la ley 472 de 1.998 (fls. 416 a 418 del c. 1).

Mediante providencia de 29 de noviembre de 2.004, se abrió el proceso a prueba (fl. 420 a 421 c. 1).

El actor mediante escrito presentado el 6 de diciembre de 2.004, desistió de la acción por él incoada, por cuanto ante el mismo tribunal, por los mismos hechos y frente al mismo demandado se estaba adelantando de manera paralela otro proceso, donde figuraba como actor el señor José Omar Cortés Quijano (fl. 422 c.1). Tal solicitud fue despachada negativamente por el *a quo*, mediante auto de 26 de enero de 2.005, por cuanto era improcedente habida consideración a la naturaleza y finalidad de las acciones populares (fls. 427 a 428 c.1).

Por auto de 16 de junio de 2.005 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión (fl. 1 c. 2); vencido el término respectivo, según informe de secretaría de agosto 11 de 2.005 (fl. 18 c.2), tanto las partes como la Defensoría del Pueblo presentaron sus alegatos.

La parte actora y el municipio de Zipaquirá reiteraron lo expresado en la demanda y en la contestación respectivamente (fls. 2 a 7 y 8 a 12 del c.2).

Por su parte, la Defensoría del Pueblo sostuvo que las pretensiones del actor no estaban llamadas a prosperar, por cuanto dentro del caso en examen se logró demostrar que el FSRI se encontraba creado con anterioridad a la presentación de la demanda y que éste ha venido funcionando de manera real y efectiva, dado que el municipio logró acreditar el traslado de los recursos de ley para el otorgamiento de los subsidios a los usuarios de los servicios públicos (fls 13 a 16 c.2).

5. La providencia impugnada

Mediante sentencia de 8 de septiembre de 2.005 el Tribunal *a quo* despachó negativamente las súplicas de la demanda, al concluir que no se acreditó violación alguna a los derechos colectivos señalados como transgredidos por el demandante, por cuanto no se probó el incumplimiento de la entidad demandada en relación con la creación y desarrollo del Fondo de Solidaridad y Redistribución de Ingreso y su Comité de Vigilancia y Control en el municipio de Zipaquirá.

El *a quo* encontró acreditada la creación del Fondo y su Comité de Vigilancia y Control, con la copia auténtica del acuerdo No. 11 de junio de 2000 del Concejo de Zipaquirá, por el cual “*se crea el Fondo de Solidaridad y Redistribución de Ingresos, de orden municipal para los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo*”, motivo por el cual la decisión se centró en un examen en relación con el funcionamiento efectivo del mismo, para determinar si se había producido vulneración alguna a los derechos colectivos cuya protección pretende la parte accionante.

En el desarrollo del examen sobre la operación del Fondo de Solidaridad y Redistribución de Ingreso en el municipio de Zipaquirá, el Tribunal afirmó, con fundamento en las pruebas allegadas al expediente, que se logró demostrar que tanto el FSRI como su Comité de Vigilancia y Control venían funcionando de manera efectiva por cuanto se allegaron las actas de reunión del Comité de Vigilancia, los comprobantes de egresos suscritos por la Alcandía municipal a

favor de la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Zipaquirá correspondientes a los años 2003 y 2004, y el convenio interadministrativo celebrado entre el municipio y la citada empresa con el fin de poner en funcionamiento el FSRI.

Con fundamento en el artículo 38 de la ley 472 de 1998, impuso al actor una multa equivalente a 10 salarios mínimos legales mensuales, por considerar que se encontraba demostrado que la acción impetrada fue temeraria y de mala fe, dado que carecía de fundamento legal y los hechos alegados eran contrarios a la realidad (fls.25 a 56 C. ppal).

6. Razones de la impugnación

El actor al apelar la decisión de instancia solicitó que se revocara, puesto que el municipio demandado sólo está cumpliendo parcialmente las obligaciones consignadas en el artículo 89 de la ley 142 de 1994.

Indicó que es deber del municipio cubrir también los subsidios para los servicios públicos domiciliarios de energía eléctrica, telefonía básica y gas domiciliario puesto que la norma se refiere a “TODOS” los servicios públicos domiciliarios, lo que además implica que si los recursos del Fondo no son suficientes para cubrir la totalidad de los servicios, la diferencia debe ser cubierta con otros recursos de las entidades del orden municipal.

Afirmó que las pruebas demuestran que el cumplimiento de las obligaciones del demandado *“es apenas parcial y formal (...) sin la correlativa gestión de las acciones afirmativas del demandado, necesarias para el funcionamiento, activo, real y efectivo del FSRI”*.

Manifestó que la intención que lo llevó a interponer la acción no fue temeraria, por cuanto lo que lo llevó a instaurarla fue el hecho de que el municipio demandado no contestó el derecho de petición de información en relación con la creación y funcionamiento del FSRI en el municipio de Zipaquirá.

Por lo anterior solicitó la revocatoria de la sentencia apelada y en consecuencia el reconocimiento del incentivo (fls. 57 a 58 C.ppal).

7. Trámite en Segunda Instancia

Admitido el recurso por auto de 4 de noviembre de 2.005 (fl. 66 c.ppal), se procedió a correr traslado por el término de 10 días para presentar alegatos de conclusión (fl. 77 c.ppal), término dentro del cual solamente se pronunció la parte demandada y el Ministerio Público rindió concepto.

La parte demandada se opuso a todos los cargos formulados en el recurso de apelación, manifestó que en el recurso se formularon una serie de apreciaciones de carácter general, soportadas en apartes jurisprudenciales que en ningún momento tienden a controvertir el acervo probatorio, puso de presente que el recurso no particulariza hechos concretos referentes a las supuestas conductas omisivas de las autoridades del municipio de Zipaquirá y que el mismo no es concordante con las pruebas documentales allegadas por el municipio (fls. 79 a 81 c.ppal).

Por su parte el Ministerio Público solicitó confirmar en su integridad la decisión apelada, por cuanto las súplicas de la demanda no tienen vocación de prosperidad, en tanto que del material probatorio allegado al expediente no se evidencia transgresión o amenaza a los derechos colectivos relacionados en la demanda, y por el contrario dicho material produce convicción o certeza en el juzgador sobre la no violación de los citados derechos.

En relación con la sanción impuesta al actor estimó que la misma debe mantenerse por cuanto éste acudió a la jurisdicción sin tener el convencimiento de lo que afirmaba y sin constatar previamente los hechos que sirvieron de fundamento a la demanda, de los cuales afirma eran fácilmente verificables. Adicionalmente *“(...) con ello se asegura que el empleo de la jurisdicción se haga en forma seria responsable, sin que se abuse del ejercicio de acciones de esta naturaleza, por el solo aliciente del incentivo, que es lo que se concluye en últimas animó al demandante...”* (fls. 82 a 94 c. ppal).

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para responder los problemas jurídicos que se plantean, la Sala se ocupará del análisis de los siguientes temas: 1) La normativa y finalidad de los fondos de solidaridad y redistribución de ingresos. 2) La naturaleza del requisito de la creación de los “comités de vigilancia” para el funcionamiento de dichos fondos. 3) Lo demostrado frente al caso concreto. 4) La definición de la existencia o no de vulneración a los derechos señalados en la demanda.

1) La normativa y finalidad de los fondos de Solidaridad y Redistribución de Ingresos.

1.1. La finalidad social del Estado y el principio constitucional de la ‘solidaridad tarifaria’ en los servicios públicos domiciliarios

Al ser los servicios públicos domiciliarios inherentes a la finalidad social del Estado (arts. 1 y 365 Constitucionales), en tanto que contribuyen -como ha subrayado en diversas oportunidades la Sala- al mejoramiento de la calidad de vida de la población, en los términos de los artículos 2 y 366 de la Carta, su prestación constituye la concreción material y efectiva de la cláusula Estado Social de Derecho (art. 1 C.P.)¹. Cláusula que se funda en el respeto al viejo postulado de la dignidad humana, como valor supremo de toda Constitución que se afirma democrática² y que está erigida a partir de la búsqueda de la igualdad material que parte del supuesto conforme al cual el Estado debe promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva (inc. 2 art. 13 eiusdem).

Con esta perspectiva se diseñó desde el nivel constitucional el nuevo esquema jurídico de prestación de los servicios públicos, que aunque supera la asimilación

¹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 13 de mayo de 2004, Radicación número: 5001-23-31-000-2003-00020-01, Actor: Jesús María Quevedo Díaz, Referencia: AP – 0020, C.P. María Elena Giraldo Gómez. En el mismo sentido CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 10 de febrero de 2005, Radicación número: 25000-23-25-000-2003-00254-01, Actor: Exenober Hernández Romero, Referencia: AP – 00254, C.P. María Elena Giraldo Gómez, CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 24 de febrero de 2005, Actor: Alberto Poveda Perdomo, Demandada: Empresas Públicas de Neiva y otros, Radicación: 41001-23-31-000-2003-(AP-01470)-01,C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

² CONSEJO DE ESTADO, Sala en lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. María Elena Giraldo Gómez, Sentencia de 17 de junio de 2004, Rad. 50422-23-31-000-940345-01, Actor: Fabián Alberto Madrid Carmona y otros, Ref.: 15.208.

a la noción de función pública, no deja todo al libre juego de un mercado en competencia, sino que reconoce al Estado un rol de dirección de la economía que exige no sólo la regulación y el control, como expresiones distintivas de la policía administrativa a él asignada (arts. 150.8, 189.22, 365 y 370 C.P.), sino que también impone, en el marco de una economía social de mercado, el diseño y puesta en aplicación de un esquema tarifario que debe estar precedido por la aplicación real y efectiva del principio constitucional de la solidaridad (arts. 1, 95.9, 367 y 368 C.P.),³ criterio fundamental del régimen tarifario, que no puede subordinarse a los otros previstos por la ley.⁴

Ahora, si bien es cierto que el artículo 355 Constitucional establece una prohibición categórica consistente en que ninguna de las ramas u órganos del poder público podrá decretar auxilios o donaciones a favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado, el artículo 368 C.P., a su vez, señala 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.

Por manera que esta autorización constitucional a los diferentes niveles territoriales para conceder subsidios constituye una excepción que el artículo 368 C.P. introduce a lo prescrito en el artículo 355 de la misma, tal y como lo señaló la Corte Constitucional en la *ratio decidendi* de la providencia que estudió la constitucionalidad del numeral 89.8 del artículo 89 de la ley 142:

“Tanto el factor que se aplica a los usuarios de los estratos altos - cuya naturaleza tributaria se deduce de ser una erogación obligatoria destinada a una finalidad pública y sin contraprestación - 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 ambos recursos a la financiación de los subsidios para pagar las tarifas de los usuarios de menores recursos, configuran gasto público, que no puede hacerse sino se incluye en aquéllos (C.P., art. 345) . La comunidad de fin - pago de los subsidios - y de manejo a través de los respectivos presupuestos públicos - como lo exige el principio de legalidad del gasto -, no permite restringir la excepción a la prohibición de decretar auxilios o donaciones a los recursos procedentes del factor que se aplica

³ Cfr. Concepto SSPD 20011300000310 en SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS, Servicios Públicos Domiciliarios, Actualidad Jurídica, tomo IV, Bogotá, 2001, p. 229 y ss; Los deberes de la solidaridad en el modelo tarifario de los servicios públicos domiciliarios, en Contexto, Revista de Derecho y Economía, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, septiembre de 2004, Ed. Especial No. 19, p. 41 y ss.

⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 150 de 2003, MP Manuel Cepeda.

a los usuarios de los estratos altos. Unos y otros recursos, su registro, manejo e inversión, en cuanto tienen relación directa con la concesión de subsidios para pagar las tarifas de los servicios públicos de las personas de menores ingresos, y, además, se incorporan en los presupuestos públicos, se encuentran cobijados por la excepción que consagra el artículo 368 de la Constitución Política y, por consiguiente, a ellos no se extiende la prohibición de su artículo 355."⁵ (subraya la Sala)

En otros términos, frente a la prohibición del artículo 355 Constitucional, el artículo 368 configura una autorización, que se inscribe en las finalidades sociales del Estado, competencia para asignación que deberá realizarse conforme a los términos que fije la ley, como se verá más adelante.

Este mandato constitucional del artículo 368 debe armonizarse con otros dos preceptos constitucionales: el contenido en el artículo 365 conforme al cual es deber del Estado asegurar la prestación eficiente de los servicios y el previsto en el artículo 366, por cuya virtud el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado, de modo que será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades básicas insatisfechas de saneamiento ambiental y de agua potable y para tales efectos, en los planes y presupuestos de la Nación y de las entidades territoriales, el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación.

1.2. El deber de constitución de los Fondos comporta simultáneamente el imperativo de adoptar las medidas presupuestales para que estas cuentas cumplan sus propósitos solidarios.

Si bien es cierto que acorde con las voces de los numerales 99.6 y 99.7 de la Ley 142 de 1994 en ningún caso el subsidio⁶ 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 y que los subsidios sólo se otorgarán a los usuarios de inmuebles residenciales y a las zonas rurales de los estratos 1 y 2 y que las Comisiones de Regulación definirán las condiciones para otorgarlos al estrato 3 (inc. 1º del artículo 89 eiusdem)⁷, no es menos cierto que la

⁵ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 566 de 1995 MP Eduardo Cifuentes, en el mismo sentido Sentencia C 086 de 1998 MP Jorge Arango. Idéntico criterio expresa la doctrina nacional: PALACIOS MEJÍA, Hugo, El derecho de los servicios públicos, Biblioteca Vigente, Santafé de Bogotá, 1999, p. 85.

⁶ El numeral 14.29 del artículo 14 de la ley 142 define al 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.

⁷ El artículo 2.5.1.1 de la Resolución CRA 151 de 2001 prescribe que los factores de subsidio implícitos en las tarifas serían calculados por cada entidad prestadora, una vez determinados sus costos, entendiéndose que no todos los prestadores cuentan con los mismos recursos para cubrirlos, de conformidad con las fuentes señaladas en los Artículos 89.1 y 100 de la

Ley del Plan de Desarrollo (artículo 116 de la Ley 812 de 2003), permite que al estrato 1 se le conceda un subsidio de hasta el 70%⁸.

Nótese que la prioridad en la entrega de subsidios es para los estratos 1 y 2, de allí que los criterios para otorgarlos pueden sintetizarse así:⁹ i) Se conceden únicamente al consumo básico o de subsistencia y al cargo fijo; ii) Se otorgan a los estratos 1 y 2, en proporciones que no superen el 70% y el 40% respectivamente; iii) Sólo se asignará al estrato 3 cuando la cobertura efectiva sea superior al 95%, en proporción que no exceda al 15% (arts. 1.2.1.1 y 2.5.2.5 de la Resolución CRA 151 de 2001).¹⁰

Ahora, para llegar a esos niveles máximos de subsidios, previstos en el numeral 99.6 del artículo 99 de la ley 142 y en el artículo 116 de la ley 812 de 2003, es preciso garantizar los recursos que los cubran, si bien una parte proviene de los ‘aportes solidarios’ que deben hacer los estratos 5 y 6 y los usuarios industriales y comerciales, otra parte debe ser asignada por los municipios, tratándose del sector de acueducto, alcantarillado y aseo, vía presupuesto, mediante recursos propios o de los que le transfiere la nación, como pasa a verse.

Aunque la ley 142 de 1994 desarrolló este criterio de ‘solidaridad tarifaria’¹¹, mediante el ‘factor’ adicional, ‘contribución’ o ‘aporte solidario’ que se viene aplicando a los estratos 5 y 6 e industriales y comerciales, como una suerte de rezago de los denominados “*subsidios cruzados*” (artículo 87.3 de la ley 142¹²),

Ley de Servicios Públicos Domiciliarios: www.cra.gov.co

⁸ “Artículo 116. Subsidios para estratos 1, 2 y 3. La aplicación de subsidios al costo de prestación de los servicios públicos domiciliarios de los estratos socioeconómicos 1 y 2 a partir de la vigencia de esta ley y para los años 2004, 2005 y 2006, deberá hacerse de tal forma que el incremento tarifario a estos usuarios en relación con sus consumos básicos o de subsistencia corresponda en cada mes a la variación del Índice de Precios al Consumidor.

“Las Comisiones de Regulación ajustarán la regulación para incorporar lo dispuesto en este artículo. Este subsidio podrá ser cubierto por recursos de los Fondos de Solidaridad, aportes de la Nación y de las Entidades Territoriales.

“Parágrafo 1°. Para los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo, los subsidios se aplicarán de acuerdo con la disponibilidad de recursos de los entes que los otorguen, de tal forma que en ningún caso será superior al cuarenta por ciento (40%) del costo medio del suministro para el estrato 2, ni superior al setenta por ciento (70%) para el estrato 1.

“Parágrafo 2°. En todos los servicios públicos domiciliarios, se mantendrá el régimen establecido en las Leyes 142 y 143 de 1994 para la aplicación del subsidio en el estrato 3.”

⁹ El regulador incorporó al cargo fijo y al consumo básico en el costo medio de suministro.

¹⁰ En los eventos en que se concedan subsidios por encima estas proporciones, durante el periodo de transición, y cada año, se debe eliminar un 20% del rezago existente (art. 2 de la Ley 632 de 2000).

¹¹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 252 de 1997, MP Eduardo Cifuentes y Sentencia C 086 de 1998, MP Jorge Arango.

¹² “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

este no fue concebido como el único instrumento de ayuda a la financiación de los usuarios de menores recursos para que éstos puedan pagar las tarifas de los servicios que cubran sus necesidades básicas. En efecto, la ‘solidaridad tarifaria’, que se manifiesta en una política legislativa de concesión material de subsidios a los usuarios de menores ingresos, parte del supuesto del efectivo apoyo estatal¹³ a través de sus distintos niveles territoriales vía presupuesto (“*subsidio tarifario directo*”), de modo que su buen suceso no pende exclusivamente de la aplicación de un esquema de estratificación socioeconómica expresado en una mayor facturación para los estratos altos, sino que se ha configurado un modelo más completo que busca otras fuentes complementarias para su financiación mediante la creación y efectiva aplicación de los Fondos de Solidaridad y Redistribución de Ingresos,¹⁴ por lo que la constitución de los FSRI comporta su efectiva operación, tal y como se desprende de las normas legales y reglamentarias que regulan la materia.

En efecto, según los términos de los numerales 2.2, 2.3, 2.8 y 2.9 del artículo 2 de la ley 142 de 1994, dentro de los fines por los cuales el Estado interviene en los servicios públicos domiciliarios se encuentra la ampliación permanente de la cobertura mediante sistemas que compensen la insuficiencia de la capacidad de pago de los usuarios; la atención prioritaria de las necesidades básicas insatisfechas en materia de agua potable y saneamiento básico; el establecimiento de mecanismos que garanticen a los usuarios el acceso a los servicios y la previsión de un régimen tarifario proporcional para los sectores de bajos ingresos de acuerdo con los preceptos de equidad y solidaridad.

En consonancia con este texto legal, el numeral 3.7 del artículo 3 de la ley 142 de 1994 establece que constituyen instrumentos para la intervención estatal en los servicios públicos todas las atribuciones y funciones asignadas a las entidades, autoridades y organismos de que trata esta ley, entre ellas las relativas al otorgamiento de subsidios a las personas de menores ingresos.

comerciales e industriales, ayuden a los usuarios de estratos bajos a pagar las tarifas de los servicios que cubran sus necesidades básicas.” Declarado exequible CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 252 de 1997, MP Eduardo Cifuentes.

¹³ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 566 de 1995, MP Eduardo Cifuentes.

¹⁴ La jurisprudencia constitucional lo ha llamado también “justicia social distributiva” (CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C 580 de 1992).

Por su parte, el numeral 5.3 del artículo 5 de la ley 142 establece que es competencia de los municipios en relación con los servicios públicos, que ejercerá en los términos de la ley y de los reglamentos que con sujeción a ella expidan los concejos:

“5.3 Disponer el otorgamiento de subsidios a los usuarios de menores ingresos, con cargo al presupuesto del municipio, de acuerdo con lo dispuesto en la ley 60 /93 y la presente ley” (destaca la Sala)

A su vez, el numeral 11.3 del artículo 11 de la ley 142 estipula que para cumplir con la función social de la propiedad, pública o privada, las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios tienen la obligación de facilitar a los usuarios de menores ingresos el acceso a los subsidios que otorguen las autoridades.

En armonía con estas disposiciones, el artículo 53 *in fine* de la ley 142 señala que las entidades encargadas de prestar los servicios públicos domiciliarios deberán informar periódicamente de manera precisa, la utilización que dieron a los subsidios presupuestales.

Igualmente, el numeral 63.4 del artículo 63 de la ley 142 al prever las atribuciones de los Comités de Desarrollo y Control Social de los servicios públicos subraya el carácter imperativo de la concesión de subsidios a los usuarios de bajos ingresos por parte del municipio, con cargo a su presupuesto:

“63.4 Estudiar y analizar el monto de los subsidios que debe conceder el municipio con sus recursos presupuestales a los usuarios de bajos ingresos; examinar los criterios y mecanismos de reparto de esos subsidios; y proponer las medidas que sean pertinentes para el efecto.”
(se subraya)

Este principio de solidaridad también se exterioriza en el numeral 86.2 del artículo 86 de la ley 142 a cuyos términos el régimen tarifario en los servicios públicos domiciliarios está compuesto, entre otras, por reglas relativas al sistema de subsidios que se otorgarán para que las personas de menores ingresos puedan pagar las tarifas de los servicios que cubran sus necesidades básicas.

A su turno, el inciso segundo del artículo 89 de la ley 142 dispone en forma perentoria:

“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.” (subrayas fuera de texto original)

Tan claro fue el legislador en el imperativo legal de canalizar recursos al FSRI creado cuando quiera que se presenten faltantes para el otorgamiento de subsidios al consumo básico, que el numeral 89.8 del artículo 89 de la ley 142, modificado por el artículo 7 de la ley 632 de 2000, manda:

“En el evento de que los fondos de solidaridad y redistribución de ingresos no sean suficientes para cubrir la totalidad de los subsidios necesarios, la diferencia será cubierta con otros recursos presupuestales de las entidades del orden municipal, distrital, departamental o nacional. Lo anterior no obsta para que la Nación y las entidades territoriales puedan canalizar, en cualquier tiempo, a través de estos fondos, los recursos que deseen asignar a subsidios. En estos casos el aporte de la Nación o de las entidades territoriales al pago de los subsidios no podrá ser inferior al 50% del valor de los mismos”¹⁵ (subraya la Sala)

Nótese la diferencia en la redacción de las dos hipótesis previstas en el texto legal transcrito, mientras que frente a la primera (cuando los FSRI no sean suficientes para cubrir la totalidad de subsidios necesarios destinado al consumo básico¹⁶), la solución legislativa tiene un nítido carácter imperativo: la diferencia será cubierta con otros recursos presupuestales de las entidades del orden territorial; la segunda es meramente optativa: la regla sentada no impide que en cualquier tiempo las entidades territoriales que “*deseen asignar subsidios*” lo pueden hacer a través de dichos fondos.

De las reglas contenidas en el artículo 99 de la ley 142, claro desarrollo de la “autorización” constitucional para otorgar subsidios contenida en el artículo 368 Superior, o lo que es igual, de la excepción a la regla prohibitiva de auxilios (art. 355 C.P.), varias de ellas subrayan cómo ésta no puede llevarse a cabo si no se canalizan los recursos presupuestales a través de las cuentas especiales que se impone crear para el efecto (FSRI).

¹⁵ El texto original fue declarado exequible: CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C 566 de 1995, MP Eduardo Cifuentes.

¹⁶ Ese mandato imperativo no cobija el subsidio destinado a los costos de conexión domiciliaria, a la acometida o el destinado al medidor, en tanto en estos eventos es optativo al tenor de lo dispuesto por el inciso segundo del artículo 97 de la ley 142: “...los costos de conexión domiciliaria, acometida y medidor de los estratos 1,2 y 3 podrán ser cubiertos por el municipio, el departamento o la nación a través de aportes presupuestales para financiar los subsidios otorgados a los residentes de estos estratos que se beneficien 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” (destaca la Sala)

Así, el numeral 99.4 del artículo 99 de la ley 142 faculta al presidente y los gobernadores para “*suspender a los alcaldes cuando sean negligentes en la aplicación de las normas relativas al pago de los subsidios; o cuando las infrinjan de cualquier otra manera*” (se subraya).

Al tiempo que el numeral 99.5 del artículo 99 de la ley 142 de 1994 determina que corresponde a los alcaldes presentar el proyecto de acuerdo para la creación del FSRI, reglamentar el FSRI para que funcione correctamente y que el incumplimiento por parte de las autoridades en la constitución y puesta en funcionamiento de los fondos puede configurar falta disciplinaria sancionable:

“99.5 Los subsidios no excederán, en ningún caso, del valor de los consumos básicos o de subsistencia. Los alcaldes y los concejales tomarán las medidas que a cada uno correspondan para crear en el presupuesto municipal, y ejecutar, apropiaciones para subsidiar los consumos básicos de acueducto y saneamiento básico de los usuarios de menores recursos y extender la cobertura y mejorar la calidad de los servicios de agua potable y saneamiento básico, dando prioridad a esas apropiaciones, dentro de las posibilidades del municipio, sobre otros gastos que no sean indispensables para el funcionamiento de éste. La infracción de este deber dará lugar a sanción disciplinaria.”¹⁷ (se subraya)

Asimismo, el artículo 99.8 de la ley 142 prevé una serie de procedimientos que deben surtirse una vez creado el fondo de solidaridad respectivo:

“Cuando los Concejos creen los fondos de solidaridad para subsidios y redistribución de ingresos y autoricen el pago de subsidios a través de las empresas pero con desembolsos de los recursos que manejen las tesorerías municipales, la transferencia de recursos se hará en un plazo de 30 días, contados desde la misma fecha en que se expida la factura a cargo del municipio. Para asegurar la transferencia, las empresas firmarán contratos con el municipio.”

En consonancia con los artículos 350¹⁸ y 366¹⁹ C.P., que ordenan que el gasto público social –destinado a la solución de entre otras necesidades básicas

¹⁷ “Los alcaldes y concejales deberán dar prioridad a las apropiaciones para los servicios de acueducto y alcantarillado, sobre otros gastos que no sean indispensables para el funcionamiento del ente territorial respectivo”: CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 31 de julio de 2003, Rad. ACU 25000-23-24-000-2002-02855-01, Actor Marino Bravo, Demandado Alcaldía Mayor de Bogotá, C.P. Ramiro Saavedra.

¹⁸ “Artículo 350 C.P. 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 (...)”

insatisfechas las de saneamiento y de agua potable- tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación, el artículo 100 de la ley 142 estatuyó:

Artículo 100. Presupuesto y fuentes de subsidios. En los presupuestos de la Nación y de las entidades territoriales, las apropiaciones para inversión en acueducto y saneamiento básico y los subsidios se clasificarán en el gasto público social, como inversión social, para que reciban la prioridad que ordena el artículo 366 de la Constitución Política. Podrán utilizarse como fuentes de los subsidios los ingresos corrientes y de capital, las participaciones en los ingresos corrientes de la Nación, los recursos de los impuestos para tal efecto de que trata esta ley, y para los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo los recursos provenientes del 10% del impuesto predial unificado al que se refiere el artículo 7 de la ley 44 de 1990. En ningún caso se utilizarán recursos del crédito para atender subsidios. Las empresas de servicios públicos no podrán subsidiar otras empresas de servicios públicos. (subraya la Sala)

Si bien la parte subrayada de la norma fue subrogada por la ley orgánica del presupuesto, en consonancia con lo dispuesto por el artículo 350 Superior, el nuevo texto legal también permite calificar la concesión de subsidios, y en especial los dirigidos al sector acueducto y saneamiento básico, como parte del *gasto público social* que por ende tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación, al prever en el inciso primero del artículo 17 de la ley 179 de 1994, compilado por el artículo 41 del Decreto 111 de 1996:

“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.” (se subraya)

En la misma línea, en cuanto hace a una de esas fuentes para el otorgamiento de subsidios, la participación de los municipios en los ingresos corrientes de la nación, el artículo 78 de la ley 715 de 2001, que modificó la ley 60, determinó que si la Superintendencia de Servicios Públicos domiciliarios no certifica un cambio de destino de los recursos de transferencias, el municipio debe ubicarlos en los Fondos de Solidaridad y Redistribución de Ingresos o destinarlos a obras de infraestructura en el sector de acueducto y saneamiento básico:

¹⁹ “Artículo 366 C.P. El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado. Será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, educación, de saneamiento ambiental y de agua potable.

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

“Artículo 78. Destino de los recursos de la participación de propósito general. Los municipios clasificados en las categorías 4ª, 5ª y 6ª, podrán destinar libremente, para inversión u otros gastos inherentes al funcionamiento de la administración municipal, hasta un veintiocho por ciento (28%) de los recursos que perciban por la Participación de Propósito General.

El total de los recursos de la participación de propósito general asignado a los municipios de categorías Especial, 1ª, 2ª y 3ª; el 72% restante de los recursos de la participación de propósito general para los municipios de categoría 4ª, 5ª o 6ª; y el 100% de los recursos asignados de la participación de propósito general al departamento archipiélago de San Andrés y Providencia, se deberán destinar al desarrollo y ejecución de las competencias asignadas en la presente ley.

Del total de dichos recursos, las entidades territoriales destinarán el 41% para el desarrollo y ejecución de las competencias asignadas en agua potable y saneamiento básico. Los recursos para el sector agua potable y saneamiento básico se destinarán a la financiación de inversiones en infraestructura, así como a cubrir los subsidios que se otorguen a los estratos subsidiables de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 142 de 1994.

El cambio de destinación de estos recursos estará condicionado a la certificación que expida la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, de acuerdo con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional,²⁰ en el sentido que el municipio o distrito tienen:

- a) Coberturas reales superiores a noventa por ciento (90%) en acueducto y ochenta y cinco por ciento (85%) en alcantarillado;
- b) Equilibrio financiero entre las contribuciones y los subsidios otorgados a los estratos subsidiables, de acuerdo con la Ley 142 de 1994 o aquellas que la modifiquen o adicionen;
- c) Que existan por realizar obras de infraestructura en agua potable y saneamiento básico en el territorio del municipio o distrito, adicionales a las tarifas cobradas a los usuarios.

La ejecución de los recursos de la participación de propósito general deberá realizarse de acuerdo a programas y proyectos prioritarios de inversión viables incluidos en los presupuestos.

Parágrafo 1°. Con los recursos de la participación de propósito general podrá cubrirse el servicio de la deuda originado en el financiamiento de proyectos de inversión física, adquirida en desarrollo de las competencias de los municipios. Para el desarrollo de los mencionados

²⁰ Reglamentado mediante Decreto 849 de 2002 (DIARIO OFICIAL No 44790 4 de mayo de 2002). Para el trámite e información que deben reportar los alcaldes, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios expidió la Resolución SSPD 10541 de 2002 mediante la cual previó los mecanismos para cumplir con su atribución de certificar a las autoridades municipales el cambio de destino de los recursos de transferencias con destino a subsidios a los estratos bajos o a obras de infraestructura en el sector de acueducto y alcantarillado. (en www.superservicios.gov.co)

proyectos se podrán pignorar los recursos de la Participación de propósito general.

Parágrafo 2°. Las transferencias de libre disposición podrán destinarse a subsidiar empleo o desempleo, en la forma y modalidades que reglamente el Gobierno Nacional.

Parágrafo 3°. Del total de los recursos de Propósito General destinase el 10% para el deporte, la recreación y la cultura: 7% para el deporte y la recreación y 3% a la cultura.” (destacado de la Sala)

En el mismo sentido la ley del Plan de Desarrollo se ocupa de señalar que:

“Artículo 91. Recursos de transferencias. Los recursos de transferencias del Sistema General de Participaciones asignados al sector de Agua Potable y Saneamiento Básico, sólo podrán ser invertidos de acuerdo con la priorización de proyectos contenida en el Reglamento Técnico del Sector de Agua Potable y Saneamiento Básico, siempre y cuando hagan parte de los programas de inversión de las entidades prestadoras de los servicios legal mente constituidas, estén previstas en los respectivos planes de desarrollo municipales o distritales y se encuentren registradas y vigiladas por la Superintendencia de Servicios Públicos, sin perjuicio de la porción que los municipios asignen para los subsidios a la tarifa de los estratos de menores recursos, a las inversiones en saneamiento básico rural con soluciones individuales y a la conservación de microcuencas que abastecen el sistema de acueducto.

Parágrafo. La Nación - Ministerio de Medio Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial - y las Corporaciones Autónomas Regionales apoyarán la creación de empresas regionales que permitan esfuerzos conjuntos para adelantar programas de agua potable y saneamiento básico en sus territorios, los cuales contarán para su financiamiento con recursos del Sistema General de Participaciones -Propósito General-, los recursos provenientes de regalías y las respectivas Corporaciones Autónomas. El Gobierno Nacional podrá cofinanciar los proyectos que dichas empresas desarrollen.” (se subraya)

Esta claridad que distingue al nivel normativo legal en cuanto hace a la imposición de arbitrar prioritariamente recursos presupuestales para el funcionamiento de los FSRI, se advierte también cuando se revisan los decretos reglamentarios que han sido expedidos para la cumplida ejecución de dichas leyes (artículo 189.11 C.P.).

En efecto, el gobierno nacional ha producido varios actos administrativos tendientes a hacer real el enunciado abstracto de las leyes que gobiernan la materia, en orden a encauzarlas hacia la operatividad efectiva en el plano real²¹. Así, el Decreto Reglamentario 565 de 1996 prescribe -sin ambages- en el artículo

²¹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 350 de 1997.

4, al regular la naturaleza de los fondos de solidaridad y redistribución de ingresos para el sector de acueducto y saneamiento básico, que el deber legal de constituir los Fondos de Solidaridad y redistribución de Ingresos-FSRI le corresponde a los concejos municipales y distritales y a las asambleas departamentales:

“Los Fondos de Solidaridad y Redistribución de Ingresos, que de acuerdo con la Ley 142/94 deben constituir los concejos municipales y distritales y las asambleas, serán 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 a los servicios públicos domiciliarios.

Dentro de cada Fondo creado se llevará la contabilidad separada por cada servicio prestado en el municipio o distrito y al interior de ellos no podrán hacerse transferencias de recursos entre servicios.” (se subraya)

Y el estricto cumplimiento de estos mandatos no depende sólo de la existencia de superávit, esto es de la diferencia positiva entre aportes solidarios y subsidios²², sino también de la asignación de recursos presupuestales (subsidios tarifarios directos) tal y como ordena el decreto 565 antecitado en su artículo 14:

“Artículo 14o. 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 1 de este Decreto²³, y que de acuerdo con su carácter parafiscal 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. (Ley 60 de 1993)

²² Cfr. Decreto 565 de 1996 arts. 8, 9 y 15, conforme a los cuales los superávit resultantes del cruce entre subsidios y aportes solidarios, ingresarán al Fondo de Solidaridad y Redistribución de Ingresos municipal, distrital o departamental y esos superávit serán destinados a empresas deficitarias en subsidios, de igual naturaleza y servicio que la que origina el superávit, y que cumplan sus actividades en la misma entidad territorial al de la empresa aportante, si después de atender esos requerimientos se presentan superávit, éstos se destinarán A Fondos de Solidaridad y Redistribución de Ingresos de municipios, distritos o departamentos limítrofes respectivamente, que hayan arrojado déficit para cubrir los subsidios, con destino a empresas de igual naturaleza y servicio que la que origina el superávit.

²³ “Artículo 1o. Definiciones: Aporte solidario: Es la diferencia entre el valor que se paga por un servicio público domiciliario y el costo económico de referencia, cuando éste costo es menor que el pago que efectúa el usuario o suscriptor. (...)”

d) Recursos provenientes del 10% del impuesto predial unificado al que se refiere el artículo 7 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 (Artículo 368 de la Constitución Nacional).

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

En ningún caso se utilizarán recursos del crédito para atender subsidios (Artículo 100 de la Ley 142 de 1994).” (subrayado no original)

En consonancia con estos preceptos, el Decreto Reglamentario 1013 de 2005²⁴, por el cual se establece la metodología para la determinación del equilibrio entre los subsidios y las contribuciones para los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo, puso de manifiesto:

“Artículo 2°. Metodología para la determinación del equilibrio. La presente metodología deberá llevarse a cabo cada año para asegurar que para cada uno de los servicios, el monto total de las diferentes clases de contribuciones sea suficiente para cubrir el monto total 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. Esta metodología corresponde a la descrita en los siguientes numerales:

1. Antes del 15 de julio de cada año, todas las personas prestadoras de cada uno de los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo, 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, 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, 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.

²⁴ DIARIO OFICIAL 45871, miércoles 6 de abril de 2005

2. Las personas prestadoras de cada uno de los servicios de que trata el presente decreto, de acuerdo con la estructura tarifaria vigente y con los porcentajes de subsidios otorgados para el año respectivo por el municipio o distrito, estimarán cada año los montos totales de la siguiente vigencia correspondientes a la suma de los subsidios necesarios a otorgar por estrato y para cada servicio.

3. Con la información obtenida según lo indicado en los numerales anteriores, las personas prestadoras de cada uno de los servicios de que trata el presente decreto, establecerán el valor de la diferencia entre el monto total de subsidios requerido para cada servicio y la suma de los aportes solidarios a facturar, cuyo resultado representará el monto total de los recursos necesarios para obtener el equilibrio.

4. Con base en dicho resultado, las personas prestadoras de los servicios presentarán la solicitud del monto requerido para cada servicio al alcalde municipal o distrital, según sea el caso, por conducto de la dependencia que administra el fondo de solidaridad y redistribución de ingresos.

5. Recibida por parte del alcalde municipal o distrital la solicitud o solicitudes de que trata el numeral anterior, procederá a analizarlas y a preparar un proyecto consolidado sobre el particular para ser presentado a discusión y aprobación del concejo municipal o distrital, quien, 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 fuentes de recursos para contribuciones señaladas en el artículo 3° del Decreto 849 de 2002 y demás normas concordantes.

Parágrafo 1°. 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.

Parágrafo 2°. 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."²⁵

Por lo demás, consultados los antecedentes históricos del régimen legal de los servicios públicos (*voluntas legis*), se tenía claro que debía desmontarse paulatinamente el sistema de "subsidios tarifarios cruzados" para priorizar su financiación vía presupuesto (subsidios tarifarios directos):

²⁵ Recientemente se expidió el Decreto Reglamentario 057 de 12 de enero de 2006 (DIARIO OFICIAL No. 46150), por el cual se establecen unas reglas para la aplicación del factor de aporte solidario para los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo, el cual debe interpretarse de acuerdo con el marco jurídico expuesto, en especial con lo dispuesto por los numerales 2.2 y 2.9 del art. 2°, el numeral 3.7 del artículo 3°, el numeral 5.3 del artículo 5° y el numeral 11.3 del artículo 11 de la ley 142, al tenor de lo previsto por el artículo 13 eiusdem.

“...El régimen tarifario incluye elementos de solidaridad y redistribución de ingresos, que se manifiestan, principalmente, en...el deber de las autoridades de destinar recursos presupuestales a subsidiar los consumos básicos de las personas de menores recursos...Tales contribuciones (de solidaridad), por definición, no implicarán mayores sacrificios a los usuarios, puesto que representan solo la conversión en tributo lo que algunos ya pagan por exceso del costo de los servicios que reciben. Esta contribución, además, debe desaparecer gradualmente, en un periodo de seis años, mientras la Nación y las entidades territoriales encuentran formas de financiar los subsidios que tengan impactos menos nocivos sobre la asignación eficiente de los recursos en la economía colombiana”²⁶ (subrayas fuera de texto original)

En el mismo sentido en la exposición de motivos al proyecto de ley No. 284 de 1996 Senado (hoy ley 286) se indicó que el tercer objetivo de la iniciativa era:

“[p]rocurar que las contribuciones de los estratos altos cubran la totalidad o la mayor parte de los subsidios requeridos para los usuarios de los estratos bajos, para así reducir los efectos potenciales sobre el presupuesto y dar señales claras a los inversionistas privados”.²⁷ (subrayas fuera de texto original)

En definitiva, el modelo de solidaridad tarifario no puede hacerse soportar tan sólo 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”,

²⁶HOMMES RODRÍGUEZ, Rudolf et al., Ministro de Hacienda y Crédito Público. Exposición de motivos al Proyecto de ley 197 Senado, Gaceta del Congreso, año I, No. 162, 17 de noviembre de 1992.

²⁷ GACETA DEL CONGRESO No. 178, miércoles 15 de mayo de 1996, p. 5. En la ponencia para primer debate a esta misma iniciativa se indicó: “El artículo 179 de la ley 142 de 1994 ordena que el tránsito de legislación en tarifas debía hacerse en un plazo máximo de 24 meses contados a partir de la promulgación de la ley. La ley fue promulgada el 11 de julio de 1994 y el plazo concedido vencerá el próximo 11 de julio de 1996. Sin embargo, debido a una serie de circunstancias tales como la demora en terminar los procedimientos administrativos de señalamiento de fórmulas; los sorprendentes aumentos tarifarios que se debían dar especialmente en el sector eléctrico en un cortísimo periodo de dos años con gravísimas consecuencias en el orden público y en el social; la falta de decisión por parte de la Comisión de Regulación de Energía y Gas, CREG, en precisar a través de sus resoluciones el porcentaje correspondiente a la contribución de solidaridad dentro del rango establecido por la ley; y la poca voluntad del Gobierno en fijar dentro del Presupuesto General de la Nación partidas suficientes para el pago de subsidios, hicieron imposible el tránsito de legislación en tarifas, subsidios y contribución de solidaridad” (GACETA DEL CONGRESO No. 204, miércoles 29 de mayo de 1996, p.1, subrayas de la Sala).

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”²⁸ (resalta la Sala)

En tal virtud, cuando el municipio decide cumplir con la obligación legal de crear el FSRI (inciso 2 art. 89 ley 142), supone que el sobre precio 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 aporte 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.²⁹

²⁸ CONSEJO DE ESTADO, Sala de Consulta y Servicio Civil, abril 11 del 2002, Concepto Radicación No. 1409, C.P. Susana Montes de Echeverri.

²⁹ SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS CONCEPTO SSPD-OJ-2004-445 en www.superservicios.gov.co

ii) los subsidios no solamente tienen por fuente la denominada “*contribución de solidaridad*”³⁰ que como sobreprecio deben pagar los estratos altos e industriales y comerciales (‘subsidio tarifario cruzado’), sino que el esquema diseñado prevé una amplia gama de fuentes que forman parte ordinaria de los recursos presupuestales (‘subsidio 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, cuando quiera 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 ley 142 modificado por el artículo 7 de la ley 632).

2) La naturaleza del requisito de la creación de los “comités de vigilancia” para el funcionamiento de dichos fondos.

No existe mandato normativo que exija la creación de un Comité de Control y Vigilancia del FSRI.

Revisadas las normas que regulan la materia, tal y como lo ha señalado por *vía de doctrina* (art. 26 del C.C.) la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios³¹, no existe norma legal ni reglamentaria que exija la creación de un Comité de Control y Vigilancia del FSRI, como tampoco que supedite el pago de los subsidios al funcionamiento de dicho comité y ese requerimiento dependerá del reglamento establecido por el Acuerdo u Ordenanza en cuya virtud se disponga la constitución del Fondo, de modo que su no integración no comporta violación alguna de ningún derecho o interés colectivo.

Estos comités de vigilancia que pide la demanda popular que se constituyan son diferentes de los Comités de Desarrollo y Control Social-CDCS, previstos en el título V de la ley 142 (arts. 62 y ss) y reglamentados por el Decreto 1429 de 1995, compuestos por usuarios, suscriptores o suscriptores potenciales de uno o más de

³⁰ Que la jurisprudencia constitucional denomina “impuesto con destinación específica”: CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 086 de 1998, MP Jorge Arango.

³¹ SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS, Concepto SSPD OJ 2004-432 en www.superservicios.gov.co

los servicios públicos, y sobre cuya conformación debe velar el respectivo alcalde, con los que se busca asegurar la participación de los usuarios en la gestión y fiscalización de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, como una expresión más de la democracia participativa³². Estos CDCS, según lo imperado por el numeral 63.4 del artículo 63 de la ley 142, tienen dentro de sus funciones:

“63.4 Estudiar y analizar el monto de los subsidios que debe conceder el municipio con sus recursos presupuestales a los usuarios de bajos ingresos; examinar los criterios y mecanismos de reparto de esos subsidios; y proponer las medidas que sean pertinentes para el efecto.”

De modo que, por mandato legal, es a los comités de desarrollo y control social-CDCS a quienes atañe una función de estudio, análisis y de propuesta de medidas en materia de los subsidios que debe conceder el municipio con sus recursos presupuestales, en los términos del numeral 89.8 del artículo 89 de la ley 142.

3) Lo demostrado frente al caso concreto.

Está acreditado en el proceso que mediante el Acuerdo No. 11 de 15 de junio de 2000, el Concejo Municipal de Zipaquirá creó el Fondo de Solidaridad y Redistribución de Ingresos, así quedó establecido con la copia auténtica del acuerdo allegada por el Concejo de Zipaquirá en respuesta al oficio No. MH-05-0226 librado por el Tribunal *a quo*. En el artículo 3º de dicho acuerdo se lee que dicho fondo tendrá por objeto “...*garantizar la correcta asignación de los subsidios, como inversión social, para el consumo de servicios públicos domiciliarios, según lo ordenado en el artículo 99.7 de la ley 142 de 1994, para los estratos 1, 2 y eventualmente 3 de acuerdo con lo determinado por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico*” (copia auténtica fl. 274 a 280 y 442 a 446 c. 1).

Dentro del mismo acuerdo, específicamente en su artículo sexto, se estableció la naturaleza del mismo al disponer que se trata “...*una cuenta especial dentro de la contabilidad del Municipio, a través del cual se contabilizarán recursos destinados a otorgar subsidios en los servicios de Acueducto alcantarillado y Aseo*”, a su vez

³² CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 14 de junio de 2001, Exp. AP 2009, CP Alier Hernández Enríquez.

en el artículo decimosexto *ibídem* estable como fuentes de ingreso para la adjudicación de subsidios los siguiente:

a. Los recursos provenientes de los aportes solidarios que hagan los usuarios de los estratos 5 y 6 y los usuarios industriales y comerciales en los factores que estipule la Comisión Reguladora de Agua Potable y Saneamiento Básico.

b. Los recursos obtenidos de otros fondos de Solidaridad y Redistribución de ingresos del orden Municipal, Distrital o Departamental.

c. Recursos provenientes del 20% de la participación de los Municipios de los Ingresos corrientes de la Nación que se destina a este sector, según lo establecen los Artículos 21 y 22 de la ley 60 de 1993. Igualmente los de libre inversión.

d. Recursos provenientes de las regalías por concepto de explotación de Recursos Naturales no Renovables de propiedad del estado.

e. Recursos presupuestales de las entidades descentralizadas del orden Nacional o territorial.

PARÁGRAFO. En ningún caso de (sic) utilizará recursos de crédito para otorgar subsidios” (fls. 445 c.1).

En el artículo noveno del mismo acuerdo se estableció que es al Alcalde a quien le corresponde definir los criterios con los cuales deben asignarse los recursos destinados a sufragar los subsidios, en concordancia con lo establecido en la ley 142 y en el decreto reglamentario 565 de 1996.

Obra en el expediente copia auténtica de los siguientes comprobantes de egreso realizados por el municipio, por concepto de pago de subsidios en los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo a favor de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Zipaquirá:

No.	Fecha	Valor	Detalle	Vigencia presupuestal	Nombre del Rubro Presupuestal	Folio c. 1
2004000919	01/06/2004	\$130'391.254,58	Correspondiente a la facturación del 1er periodo enero – febrero de 2004	2004	Subsidios – S.G.P. Propósito General	45
2003002834	9/12/2003	\$131'244.956,00	Convenio Interadministrativo de fecha 9 de	2003	Subsidios – S.G.P. Propósito	55 y 199

			septiembre de 2002. Periodo de facturación septiembre – octubre 2003		General	
2003001507	30/07/2003	\$136'600.476,00	Convenio Interadministrativo de 9 de septiembre de 2003 correspondiente al periodo entre marzo y abril de 2003.	2003	Subsidios – S.G.P. Propósito General	66
2003003100	22/12/2003	\$163'324.379,25	Convenio Interadministrativo de 9 de septiembre de 2003 correspondiente a los subsidios de los meses de octubre y noviembre de 2003	2003	Subsidios – S.G.P. Propósito General	77 y 181
2003000687	23/04/2003	\$256'985.961,00	Convenio Interadministrativo de 9 de septiembre de 2002 - subsidios de usuarios de estratos 1, 2 y 3.	2003	Subsidios – S.G.P. Propósito General	89 y 230
2002002478	05/12/2002	\$239'709.572,00	Convenio Interadministrativo de 9 de septiembre de 2002 - subsidios de usuarios de estratos 1, 2 y 3.	2002	Subsidio a Población de Menores ingresos – S.G.P.	110
2003001872	04/09/2003	\$138'462.883,00	Convenio Interadministrativo de 9 de septiembre de 2002 subsidios prestados por la E.A.A.A.Z. mayo – junio 2003	2003	Subsidios – S.G.P. Propósito General	116 y 210

Así mismo se allegó copia auténtica de los registros presupuestales y los certificados de disponibilidad presupuestal correspondientes a las apropiaciones

que por concepto de pago de subsidios en los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo realizó el municipio de Zipaquirá:

Registros Presupuestales				
No.	Valor	Objeto	Fecha	Folio C.1
2004000595	\$130.391.254,58	Pago de subsidios de servicio públicos	31/05/2.004	54
2003001626	\$131'244.956,58	Giro según convenio interadministrativo para subsidios	3/12/2.003	58
2003000897	\$136'600.476,00	Giro subsidios según convenio	24/07/2.003	69
2003001734	\$163'324.379,25	Giro subsidios según convenio interadministrativo entre EAAAZ y el Municipio de Zipaquirá	18/12/2.003	79 y 183
2003000471	\$256'985.961,00	Pago de subsidios en servicios públicos de acueducto, aseo y alcantarillado prestados por la EAAAZ	23/4/2003	92
2002001947	\$239.709.572,00	Cancelación subsidios población pobre	4/12/2.002	112
2003001082	\$138.462.883,00	Giro subsidios tercer periodo de facturación julio y agosto de 2.003 según convenio interadministrativo	21/08/2.003	125

Certificados de Disponibilidad Presupuestal				
No.	Valor	Objeto	Vigencia Fiscal	Folio c. 1
2004000493	\$130'391.254,58	Pago de subsidios de servicio públicos	2.004	53
2003001459	\$131'244.956,58	Giro según convenio interadministrativo para subsidios	2.003	57
2003000910	\$136'600.476,00	Giro subsidios según convenio	2.003	68
2003001553	\$163'324,379,25	Giro subsidios según convenio	2.003	78 y 182

		interadministrativo entre EAAAZ y el Municipio de Zipaquirá		
2003000518	\$256'985.961,00	Pago de subsidios en servicios públicos de acueducto, aseo y alcantarillado prestados por la EAAAZ	2.003	91
2002001318	\$239.709.572,00	Cancelación subsidios población pobre	2.002	113
2003001051	\$138.462.883,00	Giro subsidios tercer periodo de facturación julio y agosto de 2.003 según convenio interadministrativo	2.003	124

También, se encuentra en el proceso copia auténtica de las cuentas de cobro y cuentas por pagar por concepto de pago de subsidios en los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo del municipio de Zipaquirá y la empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo del citado municipio así:

Cuentas por Pagar Municipio de Zipaquirá				
No.	Concepto	Valor	Vigencia Presupuestal	Folio
2004000443	Subsidios en los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo correspondientes a la facturación del 1er periodo (enero – febrero de 2004)	\$130'391.254,58	2.004	46
2003001573	Convenio interadministrativo de fecha 9 de septiembre de 2002, según facturación en septiembre y octubre de 2003	\$131'224.956,00	2.003	56
2003000786	Convenio interadministrativo de fecha 9 de septiembre de 2003 correspondiente al periodo marzo abril de 2003	\$136'600.476	2.003	67

2003001725	Convenio interadministrativo de fecha 9 de septiembre de 2003 del mes de octubre y noviembre de 2003	\$163'324.379,25	2003	80 y 184
2003000371	Convenio interadministrativo de fecha 9 de septiembre de 2002 subsidios para los usuarios de los estratos 1, 2 y 3	\$256'985.961,00	2003	90
2002001819	Convenio interadministrativo de fecha 09 de septiembre de 2002 subsidios otorgados a los estratos 1, 2 y 3	\$239'709.572,00	2002	111
2003001006	Convenio interadministrativo de fecha 9 de septiembre de 2002 subsidios servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo prestados por la E.A.A.A.Z	\$138'462.883,00	2003	117

Cuentas de cobro Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Zipaquirá			
Fecha	Concepto	Valor	Folio c.1
5/5/2.004	Subsidios en los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo prestados por la E.A.A.A.Z E.S.P. correspondiente a la facturación del 1er periodo enero – febrero 2004	\$130'391.254,58	47 y 168
10/10/2003	Subsidios en los servicios Públicos de acueducto, Alcantarillado y Aseo prestados por la E.A.A.A.Z correspondiente a la facturación del 4to	\$131'244.956,00	60 y 201

	periodo julio – agosto de 2003.		
25/07/2003	Subsidios en los servicios Públicos de acueducto, Alcantarillado y Aseo prestados por la E.A.A.A.Z correspondiente a la facturación del 2do periodo marzo – abril de 2003.	\$136'600.476,00	71
18/12/2003	Subsidios en los servicios Públicos de acueducto, Alcantarillado y Aseo prestados por la E.A.A.A.Z correspondiente a la facturación del 5to periodo septiembre – octubre de 2003.	\$163'324.379,25	81, 185 y 192
15/04/2003	Subsidios en los servicios Públicos de acueducto, Alcantarillado y Aseo prestados por la E.A.A.A.Z correspondiente a la facturación producida en enero de 2003 y marzo de 2003	\$256'985.961,00	100 y 239
20/08/2003	Subsidios en los servicios Públicos de acueducto, Alcantarillado y Aseo prestados por la E.A.A.A.Z correspondientes a la facturación del 3er periodo mayo - junio de 2003 producida en julio y agosto de 2003	\$138'462.883	118 y 211
1/03/2004	Subsidios en los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo, prestados por la E.A.A.A.Z. correspondientes a la facturación del 6to periodo noviembre-diciembre de 2003 producida en enero de 2004.	\$127'986.374,00	175
22/07/2003	Subsidios en los	\$136'600.476,00	218

	servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo, prestados por la E.A.A.A.Z. correspondientes a la facturación del 2do periodo marzo – abril de 2003 producida en mayo y junio de 2003.		
--	--	--	--

Igualmente se aportó con la contestación de la demanda el convenio interadministrativo denominado “FONDO DE SOLIDARIDAD Y REDISTRIBUCION DE INGRESOS DEL MUNICIPIO DE ZIPAQUIRA” celebrado entre el municipio de Zipaquirá y la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y aseo de Zipaquirá E.S.P, - E.A.A.A.Z. E.S.P. cuyo objeto según la cláusula primera del mismo es:

““LA EMPRESA” se compromete para con el “EL MUNICIPIO”, a aportar al Fondo de Solidaridad y Redistribución de Ingresos la suma correspondiente al superávit resultante del cruce entre los subsidios otorgados a los usuarios de los estratos 1 2, y eventualmente 3, y los aportes solidarios recibidos. En dicho déficit, “EL MUNICIPIO” se compromete para con “LA EMPRESA” a cubrir dicho déficit con los recursos disponibles para tal fin en EL FONDO, realizando los respectivos giros de conformidad con las cláusulas del presente contrato.” (fls. 93 a 97, 126 a 130 y 249 a 253 del c.1)

A folios 441 a 575 del cuaderno No.1 obra copia auténtica de los acuerdos No. 24 de 2000, 30 de 2001, 16 de 2002 y 18 de 2003, por los cuales se adoptó el presupuesto de rentas recursos de capital y gastos en el municipio de Zipaquirá para las vigencias Fiscales de los años 2001, 2002, 2003 y 2004, en los cuales se constata las apropiaciones presupuestales dirigidas a cubrir el rubro de subsidios para el sector de agua potable y saneamiento básico para usuarios de “*menores ingresos*”.

La prueba documental antes relacionada, evaluada conjuntamente, permite a la Sala concluir que, con cargo a su presupuesto y con destino a la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y aseo, el municipio de Zipaquirá arbitró recursos correspondientes a los faltantes que por ley le corresponde asumir. Correspondía al actor popular demostrar que el comportamiento desplegado por el ente demandado comporta la violación de los derechos colectivos invocados en la demanda popular instaurada, lo cual no tuvo lugar en el *sub lite*.

Cabe recordar que la carga de la prueba de los supuestos de hecho a través de los cuales se asegura la vulneración de los derechos colectivos, corresponde al accionante, quien si bien puede ser auxiliado por el juez en esta tarea, no se ve relevado totalmente de esa carga, como expresamente lo estableció el artículo 30 de la citada ley, máxime si se tiene en cuenta que actúa movido no sólo por el ánimo de proteger un derecho o interés colectivo, sino que a ése, se une el móvil de la retribución económica que la prosperidad de la acción le puede generar.

Ahora bien, cuando alguien afirma que otro no ha cumplido un deber o una obligación a su cargo, esta aseveración no reviste, a juicio de la Sala, el carácter de negación indefinida que lo exonere de prueba (*incumbit probatio eri qui dicit, non qui negat*), pues comporta en realidad de verdad la aserción general y abstracta de que éste ha incumplido. Se está delante de una negación que lo es apenas en apariencia o formal (*negativa praegantem*), en tanto es susceptible de ser establecida por medio de la justificación del hecho afirmativo contrario: el incumplimiento.

A partir de los más reconocidos procesalistas el profesor Rocha Alvira dice lo siguiente refiriéndose a este tema:

“...es obvio que mal puede estar excusada la prueba de negaciones de hechos, cuando la negación es de mera forma gramatical. El equívoco se despejaría redactando la proposición en forma positiva. Si niego la capacidad jurídica, afirmo la incapacidad y la debo probar. Si niego la buena calidad de la mercancía, afirmo determinada mala calidad. Si niego que la sustancia de una cosa es de oro, estoy afirmando que es de otro metal. En estos casos no hay inconveniente alguno para la prueba. Esta especie de negaciones envuelven una afirmación, por lo cual de antiguo se les designa como negativa praegnans (hinchada, rellena, grávida). Es la negativa de cualidad.

(...)

Hay también negativas de un derecho o del derecho: cuando niego que una cosa es conforme a derecho, o que el acto es legítimo. También aquí la negativa se convierte en afirmativa y la prueba debo darla *par semblant*, o sea, convirtiendo la negativa en afirmativa.”³³

³³ ROCHA ALVIRA, Antonio, De la Prueba en Derecho, Clásicos Jurídicos Colombianos, Biblioteca Jurídica Diké, Bogotá, 1990, p. 67 y 68.

En el caso *sub lite* cuando el actor popular asevera que el municipio no ha cumplido con la puesta en funcionamiento real y efectiva del FSRI, esta negativa es de mera forma gramatical, pues en el fondo configura una afirmación redactada negativamente (“*afirmación negativa*”³⁴), o lo que es igual, la afirmación de un hecho contrario: el incumplimiento (*un hecho no es menos positivo porque se articule en forma negativa*).

Se trata, entonces, de una negación definida³⁵ que es susceptible de demostración acreditando el hecho positivo contrario que en forma implícita se indica, por lo que no está exenta de prueba a términos del inciso segundo del artículo 30 de la ley 472, en consonancia con el artículo 177 del C. de P. C. y el artículo 1757 del C.C. (*onus probandi incumbit actori*)³⁶.

En tal virtud, el accionante ha debido acreditar este aserto para lograr el éxito de sus pretensiones en tanto a él correspondía la carga de probar los hechos en que se funda la acción, regla que trae aparejado que el demandado ha de ser absuelto de los cargos, si el demandante no logró probar los hechos constitutivos de la demanda (*actore non probante, reus absolvitur*).

Finalmente, aunque el citado artículo 30 de la ley 472 de 1998 señala que si por razones de orden económico o técnico la carga de la prueba no puede ser cumplida por el demandante, el juez debe impartir las órdenes necesarias para suplir la deficiencia y obtener los elementos probatorios indispensables para proferir un fallo de mérito, esta situación no se presentó en el caso concreto, dado que la deficiencia probatoria fue ajena a las razones consignadas en la ley.

Según el recurrente el cumplimiento parcial de las obligaciones de puesta en funcionamiento del FSRI por parte de municipio demandado, se constituye en la conducta vulnerante de los derechos colectivos cuya protección invoca, violación

³⁴ DEVIS ECHANDÍA, Hernando, Teoría General de la prueba judicial, tomo I, Ed. Temis, Bogotá, p. 200.

³⁵ La negación definida “corresponde a las que tienen por objeto la afirmación de hechos concretos, limitados en tiempo y lugar, que presuponen la existencia de otro hecho opuesto de igual naturaleza, el cual resulta afirmado implícita o indirectamente (...) Si las negaciones definidas equivalen al velo que oculta la afirmación del hecho positivo contrario, pero decisivo en la cuestión litigada, no es necesaria profunda reflexión para advertir que mal puede estar excusada su prueba; por tratarse de una negación apenas aparente o gramatical, el hecho contrario es susceptible de prueba y de ésta no puede prescindirse para el acogimiento de las súplicas de la demanda”: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL, Sentencia de 29 de enero de 1975, G.J. T. CLI, 1ª parte, num. 2392.

³⁶ “La imposibilidad de la prueba del hecho negativo indefinido, no deriva de su carácter negativo, sino de su carácter indefinido”: LESSONA; Carlos, Teoría General de la prueba civil, hijos de Reus, Madrid, 1906, p.239 citado por ROCHA, op. cit. p. 69

cuya prueba corresponde, de acuerdo con lo manifestado anteriormente, al actor en los términos del artículo 30 de la ley 472 de 1994.

En cuanto hace al comité de vigilancia, la Sala encuentra que su constitución o no resulta irrelevante en tanto no existe norma legal que imponga ello, por lo que, en relación con este punto no hay lugar a violación de ninguno de los derechos colectivos invocados. Además, obra en el expediente copia del Acuerdo No. 011 de 15 de junio de 2000, remitida por el municipio demandado al *a quo*, por medio del cual se creó el FSRI, en el artículo 18 de dicho acto administrativo se indica que se conformará el Comité de Vigilancia del FSRI (fls. 442 a 446 C.1).

4) La definición de la existencia o no de vulneración a los derechos señalados en la demanda.

La demanda acusa la vulneración de los derechos colectivos consagrados en los artículos 1, 2, 334, 336, 365, 366, 367, 368, 369, 370 de la Constitución Nacional (sic) y los determinados en la Ley 472 de 1.998, Artículo 4, Literales b) La moralidad administrativa; e) La defensa del patrimonio público; g) La seguridad y salubridad públicas; h) El acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública; j) El acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna; n) Los derechos de los consumidores y usuarios

4.1 De la inexistencia de vulneración al derecho a la moralidad administrativa.

Frente a lo que se entiende por moralidad administrativa, la Sala precisó, en tesis que ha sido constantemente reiterada,³⁷ que en un Estado pluralista como el que se identifica en la Constitución de 1991 (art. 1), la moralidad tiene una textura abierta, en cuanto de ella pueden darse distintas definiciones. Sin embargo, si dicho concepto se adopta como principio que debe regir la actividad administrativa (art. 209 *ibídem*), la determinación de lo que debe entenderse por moralidad no puede depender de la concepción subjetiva de quien califica la actuación sino que debe referirse a la finalidad que inspira el acto de acuerdo con la ley.

Desde esta perspectiva, ha de considerarse como inmoral toda actuación que no responda al interés de la colectividad y específicamente, al desarrollo de los fines

³⁷ Sentencia proferida por la Sección Tercera el 31 de octubre de 2002, Exp. AP-059. En el mismo sentido ver sentencias AP-166 y Ap-170 de 2001.

que se buscan con las facultades concedidas al funcionario que lo ejecuta. Se advierte, por tanto, una estrecha vinculación entre este principio y la desviación de poder.

La jurisprudencia de la Corporación ha ido precisando el concepto de moralidad administrativa, como derecho colectivo que puede ser defendido por cualquier persona, del cual se destacan estas características: *“a) es un principio que debe ser concretado en cada caso; b) al realizar el juicio de moralidad de las actuaciones, deben deslindarse las valoraciones sobre conveniencia y oportunidad que corresponde realizar al administrador de aquellas en las que se desconozcan las finalidades que debe perseguir con su actuación; c) en la práctica, la violación de este derecho colectivo implica la vulneración de otros derechos de la misma naturaleza.”*³⁸

El actor señaló como vulnerado el derecho a la moralidad administrativa, violación que considera se configura con la supuesta no constitución real y efectiva del FSRI de conformidad con lo previsto por la ley, evento que no se configura en el *sub lite*.

La moralidad administrativa, se refiere al ejercicio de la función administrativa conforme al ordenamiento jurídico y a las finalidades propias del cumplimiento de las funciones públicas, determinadas por la satisfacción del interés general y no por intereses privados y particulares, sin que cualquier vulneración al ordenamiento jurídico, en el ejercicio de tal función, lleve consigo de manera automática, vulneración a la moralidad administrativa, por cuanto, no toda violación al principio de legalidad, implica automáticamente violación del derecho colectivo a la moralidad administrativa.

Con este propósito es importante precisar que en veces la violación al principio de legalidad, que se traduce en el no acatamiento de la normatividad en el ejercicio de la función administrativa, puede conducir a concluir también la vulneración a la moralidad administrativa, porque a la ilegalidad de la actuación se une la conducta antijurídica de quien la ejerce, en tanto actúa no con el ánimo de satisfacer el interés general, sino con el claro propósito de atender intereses personales y particulares, esto es, se vale de la función que ejerce como servidor del Estado, en provecho propio.

³⁸ Ídem.

Pero no siempre la ilegalidad conduce a la vulneración a la moralidad administrativa y corresponde al demandante en la acción popular la carga procesal de precisar el aspecto en el cual radica la trasgresión a este principio, endilgando acusaciones propias de su vulneración y no solo de ilegalidad.

Igualmente al juez de la acción popular le corresponde superar los límites de la revisión de ilegalidad de la actuación con la que según la demanda se vulnera la moralidad administrativa, para extender su análisis a las motivaciones que llevaron al funcionario a ejecutar la actuación.

Se evidencia entonces, que si bien el concepto de moralidad administrativa se subsume en el principio de legalidad, son conceptos diferentes, en tanto aquel concepto atañe a que de por medio se ventilen intereses diametralmente contrarios a la función administrativa.

En síntesis, los cargos que se imputen en la demanda deben ser fundados en conductas que no solo se alejen de la ley, sino que deben ser acompañados de señalamientos de contenido subjetivo contrarios a los fines y principios de la administración como lo serían la deshonestidad o la corrupción, cargos que deben ser serios, fundados y soportados en medios probatorios allegados oportunamente al proceso, dado que cualquier imputación sobre inmoralidad administrativa en la que estén ausentes las acusaciones de tal aspecto, no tiene vocación de prosperidad.

Ha dicho la Sala que la trasgresión del derecho colectivo en comento tiene lugar igualmente en eventos de DESVIACIÓN DE PODER, esto es, cuando el funcionario público hace uso de sus poderes con un fin distinto de aquel para el cual han sido conferidos.

En este asunto, los cargos imputados a la entidad demandada son fundados en conductas que según el mismo demandante se alejaron de la ley, pero la conducta desplegada por la administración no evidencia un comportamiento contrario a los fines y principios de la administración (deshonestidad o corrupción, etc.).

Sigue de lo anterior que no se evidencia violación al derecho colectivo a la moralidad administrativa por parte del ente accionado.

4.2 Inexistencia de vulneración al patrimonio público.

En cuanto al derecho colectivo al patrimonio público hay lugar a concluir, como se hizo al analizar el derecho a la moralidad administrativa que tampoco fue vulnerado, habida consideración a que la Sala no verificó la existencia de una conducta vulnerante por parte de la entidad territorial demandada. El acervo probatorio recaudado que no demostró detrimento al patrimonio público.

Ha señalado esta Sala la inescindibilidad que por regla general se presenta entre la vulneración a los derechos colectivos a la moralidad administrativa y el patrimonio público, dado que por regla general la vulneración de uno conduce a la conclusión sobre la vulneración del otro. Se ha puntualizado que aunque *“pueda imaginarse un daño a la moralidad administrativa aislado de sus consecuencias..., en la práctica, es difícil concebir un evento en que la administración se separe de los imperativos del principio de la moralidad sin afectar otros derechos colectivos como el de la defensa del patrimonio público, el de la libre competencia económica, el de la seguridad pública o el de la prevención de desastres técnicamente previsibles, entre otros”*³⁹.

Por otra parte, la Sala se ha ocupado de señalar que:

“Se ha entendido que el concepto de patrimonio público cobija la totalidad de bienes, derechos y obligaciones, que son propiedad del Estado y que se emplean para el cumplimiento de sus atribuciones de conformidad con el ordenamiento normativo⁴⁰. La defensa del patrimonio público, conlleva a que los recursos del Estado sean administrados de manera eficiente, oportuna y responsable, de acuerdo con las normas presupuestales, evitando con ello el detrimento patrimonial⁴¹. Por ello, se concluye que la afectación de patrimonio

³⁹ Sentencia, Sección Tercera, del 17 de junio de 2001, exp: Ap- 166.

Aunque el derecho o interés colectivo a la moralidad administrativa no se encuentra definido en la ley 472 de 1998, en los antecedentes de la ley al precisar como derecho colectivo “la moralidad administrativa y la prevención de cualquier práctica corrupta por parte de los servidores públicos”, se dio la siguiente definición: “Se entenderá por moralidad, administrativa el derecho que tiene la comunidad a que el patrimonio público sea manejado de acuerdo a la legislación vigente, con la diligencia y cuidados propios de un buen funcionario” (Cfr. Gaceta del Congreso No. 277 de septiembre 5 de 1995, pág. 1).

Sobre este aspecto, en la sentencia de la Sección Cuarta del 20 de abril de 2000, exp: AP-52, se dijo que “la moralidad administrativa persigue, entre otros objetivos, el manejo adecuado del erario público y en general que los funcionarios públicos asuman un comportamiento ético frente al mismo, pues los servidores públicos pueden incurrir en conductas que la generalidad tacharía de inmorales, o en otras que podrían ser sancionadas disciplinaria o penalmente”.

⁴⁰ Sentencia de la Sección Cuarta del 31 de mayo de 2002, exp. 25000-23-24-000-1999-9001-01.

⁴¹ Así mismo la Sala indicó en sentencia del 31 de mayo del 2002, exp. AP-300 que “la regulación legal de la defensa del patrimonio público tiene una finalidad garantista que asegura la protección normativa de los intereses colectivos, en consecuencia toda actividad pública está sometida a dicho control, la cual, si afecta el patrimonio público u otros derechos colectivos, podrá ser objeto de análisis judicial por medio de la acción popular”.

público implica de suyo la vulneración al derecho colectivo de la moralidad administrativa.

De acuerdo con el alcance que la jurisprudencia le ha dado al derecho colectivo al patrimonio público, cuya vulneración ha vinculado a la falta de honestidad y pulcritud en las actuaciones administrativas en el manejo de recursos públicos, no se encuentra en este caso que las conductas omisivas (...) hayan vulnerado o amenacen vulnerar el patrimonio público, como quiera que no se evidencia la existencia de detrimento al patrimonio estatal, ni la amenaza de que pueda presentarse tal detrimento.

El concepto de patrimonio público es un concepto genérico que involucra todos los bienes del Estado, y que comprende en ellos los de todas sus entidades, a nivel central, o descentralizado territorialmente o por servicios. Habrá detrimento de ese patrimonio, cuando se produzca su mengua en él como consecuencia de una actividad no autorizada en la norma, pero no se presenta el detrimento, cuando una entidad estatal deja de hacer a otra de la misma naturaleza, una transferencia de sus recursos en los términos dispuestos en el ordenamiento jurídico, porque en ese caso, no habrá habido mengua en el patrimonio estatal.”⁴²

Lo anterior no impide que se consolide la vulneración al patrimonio público con independencia de que exista o no violación a la moral administrativa, pero necesariamente el accionante debe demostrar el detrimento al patrimonio público, aspecto que debe ser estudiado a pesar de que no se haya acreditado vulneración a la moralidad administrativa.

4.3 Inexistencia de vulneración a los derechos colectivos a la seguridad y salubridad públicas, al acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública

El actor también invoca como violados los derechos colectivos a la seguridad y salubridad públicas (ord. g) art. 4 ley 472) y acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública (ord. h) art. 4 eiusdem), sin embargo, tal y como quedó expuesto, la constitución y puesta en funcionamiento de los FSRI en nada comporta vulneración de estos derechos en cuanto, la diferencia que deben cubrir los municipios con cargo a sus presupuestos (art. 89.8 ley 142) se refiere, tal y como quedó expuesto, tan sólo al subsidio a la demanda de los usuarios con menor capacidad de pago, para lo cual se utiliza como herramienta de focalización la estratificación socioeconómica de las viviendas (arts. 101 y ss

⁴² Sentencia de 4 de noviembre de 2004, Consejo de Estado, Sección Tercera. Rad. AP-2305.

ley 142, ley 505 de 1999, arts. 16 y ss ley 689, art. 4º ley 732, ley 812, ley 921, decreto 262 de 2004).

4.4 Inexistencia de vulneración de los derechos colectivos previstos en las normas constitucionales invocadas

En forma genérica el actor señala que el demandado violó los derechos colectivos previstos en los artículos 1, 2, 334, 336, 365, 366, 367, 368, 369, 370 de la Constitución Nacional. La Sala precisa que con excepción hecha del artículo 369 Constitucional que señala que la ley determinará los derechos y deberes de los usuarios, las otras normas invocadas directamente no hacen alusión expresa a ningún derecho colectivo, aunque si sientan unas bases fundamentales, al integrar la parte dogmática de la Constitución, que sirven de regla para la regulación, configuración, interpretación y aplicación de todo el catálogo de derechos en ella contenido.

4.5 Inexistencia de violación de los derechos colectivos al acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna y a los derechos de los consumidores y usuarios

Ese deber legal,⁴³ al que la Sala se viene refiriendo, no se cumple con la simple constitución “formal”, o si se quiere “de papel” mediante la sola expedición de un acuerdo mediante el que se “crea” el Fondo de Solidaridad y Redistribución de Ingresos, sino que exige de la entidad territorial responsable de otorgar subsidios cuando se presentan los faltantes (art. 89.8 Ley 142) arbitrar los recursos presupuestales correspondientes, para que sean administrados a través del fondo que obliga crear la ley (art. 89 inciso 2º *eiusdem*).

O lo que es igual, los FSRI son la herramienta básica para el manejo de los recursos destinados a cubrir subsidios, como que constituyen una cuenta especial dentro de la contabilidad de los municipios, a través de las cuales se contabilizarán exclusivamente los recursos destinados a otorgar subsidios a los usuarios más pobres (art. 4 Decreto 565 de 1996).

⁴³ Mediante Circular SSPD 001 de 28 de febrero de 2003 la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios reiteró el deber legal que está en cabeza de las entidades territoriales de constituir los Fondos de Solidaridad y Redistribución de Ingresos (en www.superservicios.gov.co)

La obligación legal en cabeza de los concejos municipales de constituir FSRI (inc. 2 art. 89 ley 142) parte del supuesto elemental según el cual este deber legal implica su efectiva puesta en funcionamiento, tal y como lo ha señalado esta Corporación, mediante la implementación de todas las medidas necesarias para que dichos Fondos cumplan los objetivos para los cuales fueron previstos por el legislador,⁴⁴ o lo que es igual, la concesión de subsidios a través de los FSRI no puede llevarse a cabo si no se arbitran o canalizan los recursos para tal efecto por parte de la entidad territorial correspondiente,⁴⁵ pues como afirma la doctrina, esa facultad de dar subsidios no puede operar sino previa incorporación de las apropiaciones suficientes para pagar los subsidios en los presupuestos de la Nación, los departamentos, los distritos, los municipios y las entidades descentralizadas, se trata de un requisito de la mayor importancia, no solo desde el punto de vista político, sino desde el punto de vista de la racionalidad del gasto.⁴⁶

Esa omisión trae aparejada la vulneración del derecho al acceso a los servicios públicos domiciliarios, habida consideración a que su esquema de prestación está edificado –como ya se indicó- a partir de la aplicación efectiva del criterio de solidaridad, cuya puesta en marcha a través de los FSRI permite que los usuarios de menores recursos puedan pagar sus servicios, tal y como quedó expuesto, sin que ello implique poner en riesgo la viabilidad financiera de las empresas prestadoras. De acuerdo con el modelo de prestación las ESP no son las llamadas a costear contra su patrimonio o con cargo a sus utilidades o dividendos el pago de una parte de las facturas de los usuarios de menos ingresos, pues de ser así se pondrían en riesgo eventuales inversiones en mantenimiento de la infraestructura o en expansión de la cobertura, en desmedro de la prestación eficiente del servicio y de los usuarios mismos, pues como se señaló en la Directiva Presidencial 05 de 2002⁴⁷ la sostenibilidad y viabilidad del nuevo

⁴⁴ CONSEJO DE ESTADO, Sala en lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, C. P. María Inés Ortiz Barbosa, Sentencia de julio 17 de 2003, Rad. 25000-23-27-000-2003-00698-01, Actor: Aristóbulo Zabala, ACU.-00698. Ver igualmente CONSEJO DE ESTADO, Sala en lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda – Subsección A, C. P. Nicolás Pájaro Peñaranda, Sentencia de 20 de septiembre de 2001 Ref.: Exp. ACU – 19001-23-31-000-2001-0900-01, Actor: Urbano Quevedo Castro, No. Int. 1053.

⁴⁵ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 252 de 1997, MP Eduardo Cifuentes: “La concesión de subsidios autorizada en el artículo 368 de la C.P., no puede llevarse a cabo si no se arbitran los recursos para tal efecto por parte de la nación y demás entidades públicas”.

⁴⁶ PALACIOS MEJÍA, Hugo. El derecho de los servicios públicos, Biblioteca Vigente, Santafé de Bogotá, 1999, p. 84 y 85.

⁴⁷ Directiva Presidencial No. 005 de abril 29 de 2002 en Régimen básico de los Servicios Públicos Domiciliarios, CD-R, Publicación de la Oficina Jurídica de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, agosto de 2002.

esquema para la prestación de los servicios públicos domiciliarios a corto, mediano y largo plazo, dependen de la consolidación de empresas eficientes y financieramente fuertes y del fortalecimiento del Estado como ente regulador y de control.⁴⁸

No le asiste razón al apelante cuando observa que el demandado ha incumplido parcialmente con la obligación de crear el F.S.R.I., por cuanto ha inobservado su deber de cubrir también los subsidios para los servicios públicos domiciliarios de energía eléctrica, telefonía básica y gas domiciliario.

Y encuentra la Sala que esa afirmación carece de sustento legal, por cuanto de conformidad con los mandatos legales siguientes, la obligación de la constitución y puesta en funcionamiento de los F.S.R.I. a nivel municipal recae exclusivamente respecto de los sectores de acueducto, alcantarillado y aseo (arts. 89.3, 67.4, 74.3 lit. e) de la ley 142, art. 47 de la ley 143, ley 223 de 1995, inc. 3 y 4 del art. 5 de la ley 286 de 1996, Decreto 2375 de 1996⁴⁹ modificado por el Decreto 3090 de 1997⁵⁰, art. 4 de la ley 632 de 2000, Decreto Reglamentario 847 de 2001⁵¹, modificado por el Decreto 201 de 2004⁵²).

⁴⁸ Según el documento CONPES 3386 de 10 de octubre de 2005: "Durante los últimos años se ha presentado un desbalance en el esquema de subsidios y contribuciones para los servicios de energía eléctrica, TPBCL, acueducto, alcantarillado y aseo. Esto es, los subsidios otorgados a los usuarios de los estratos 1, 2 y 3 han sido superiores a las contribuciones aportadas por los usuarios no residenciales y de los estratos 5 y 6. Este desbalance se ha incrementado la población objeto de subsidios (...) De acuerdo con la información presentada en la gráfica No. 2 y en la tabla No. 1, en el año 2004 el mayor desbalance se presentó en los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo, el cual fue de aproximadamente \$293 mil millones" (en www.dnp.gov.co)

En el mismo sentido un estudio reciente de la Universidad de los Andes concluye: "En las condiciones actuales, el sistema de contribuciones y de subsidios parece insostenible en la medida en que existe un desbalance entre subsidios y contribuciones recaudada (Vid. Bases del Plan Nacional de Desarrollo, ley 812 de 2003). De acuerdo con la información disponible, de una muestra de 22 de las empresas más grandes del país del sector de agua potable y saneamiento básico, en el año 2002 los gobiernos municipales sólo giraron el 18% de 137 mil millones que debían aportar para el otorgamiento de subsidios. Asimismo, para el año 2002 el déficit de subsidios en una muestra de 120 empresas es de aproximadamente 270 mil millones (vid. www.superservicios.gov.co)" UNIVERSIDAD DE LOS ANDES, CENTRO DE ESTUDIOS SOBRE DESARROLLO ECONÓMICO y ANDESCO, Análisis de la evolución de los servicios públicos domiciliarios durante la última década, Bogotá, mayo de 2005, p. 60.

⁴⁹ "Por el cual se expide la reglamentación inicial en lo pertinente a las contribuciones y transferencias de telefonía básica conmutada" DIARIO OFICIAL No. 42952, enero 8 de 1997.

⁵⁰ "Por el cual se modifica el Decreto 2375 de 1996" DIARIO OFICIAL No. 4320, 31 de diciembre de 1997. Mediante la Resolución 425 de 2002 "por medio de la cual se determina la metodología para aplicar el procedimiento general de liquidación y transferencias del régimen de subsidios y contribuciones de Telefonía Básica Conmutada, se definen los criterios para la distribución de excedentes de las contribuciones y se dictan otras disposiciones",

⁵¹ "Por el cual se reglamentan las leyes 142 y 143 de 1994, 223 de 1995, 286 de 1996 y 632 de 2000, en relación con la liquidación, cobro, recaudo y manejo de las contribuciones de solidaridad y de los subsidios en materia de servicios públicos de energía eléctrica y gas combustible distribuido por red física" DIARIO OFICIAL No 44425 de 17 de mayo de 2001.

⁵² "Por el cual se modifica parcialmente el Decreto 847 de 11 de mayo de 2001, en relación con el procedimiento de liquidación, reportes, validación y transferencias en materia de subsidios y contribuciones de los servicios públicos de energía eléctrica y gas combustible distribuido por red física" en DIARIO OFICIAL No 45.444. 28 de enero de 2004.

En efecto, según los términos del numeral 89.2 del artículo 89 de la ley 142 a los fondos de solidaridad (sin importar su nivel territorial: nación, departamento, municipio) ingresan en forma efectiva únicamente: i) los excedentes que se generen luego de aplicar el factor que corresponde pagar a los estratos altos, industriales y comerciales; y ii) la diferencia que debe cubrir la autoridad territorial respectiva cuando se presenten faltantes, esto es, en el evento en que dichos fondos no sean suficientes para cubrir la totalidad de los subsidios necesarios. En otros términos, el fondo de solidaridad maneja solamente los ingresos superavitarios de la contribución solidaria y los que provengan de las entidades territoriales competentes para cubrir los faltantes eventuales.

Mientras que los F.S.R.I. para los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo tienen un carácter eminentemente municipal (numeral 99.5 del artículo 99 de la ley 142), aquellos en relación con los servicios de energía eléctrica, gas combustible distribuido por red física y telefonía básica conmutada ostentan un carácter nacional como consecuencia de las modificaciones introducidas por el artículo 5º de la ley 286⁵³ al citado numeral 89.2 del artículo 89 de la ley 142, a saber: i) las contribuciones que pagan los usuarios del servicio de energía eléctrica, de gas combustible distribuido por red física y de telefonía básica

⁵³ Ley 286 artículo 5. 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.

Quedan excluidas del pago de la contribución, las entidades establecidas en el numeral 89.7 del artículo 89 de la Ley 142 de 1994.

Si después de aplicar la contribución correspondiente a los sectores de energía eléctrica y de gas combustible distribuido por red física, para el cubrimiento trimestral de la totalidad de los subsidios requeridos en la respectiva zona territorial, hubiere excedentes, éstos serán transferidos por las empresas distribuidoras de energía eléctrica o de gas combustible distribuido por red física, dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a su liquidación trimestral, al "Fondo de Solidaridad para Subsidios y Redistribución de Ingresos" de la Nación (Ministerio de Minas y Energía), y su destinación se hará de conformidad con lo establecido en el numeral 89.3 del artículo 89 de la Ley 142 de 1994.

Si después de aplicar la contribución correspondiente al servicio de telefonía básica conmutada para el cubrimiento trimestral de la totalidad de los subsidios requeridos en la respectiva zona territorial hubiere excedentes, éstos serán transferidos por las empresas prestadoras del servicio de telefonía, dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a su liquidación trimestral, al "Fondo de Comunicaciones del Ministerio" de la Nación (Ministerio de Comunicaciones) el cual los destinará como inversión social al pago de los subsidios de los usuarios residenciales de estratos I, II y III, atendidos por empresas deficitarias prestadoras del servicio y para lo estatuido en el literal e del numeral 74.3 del artículo 74 de la Ley 142 de 1994.

conmutada son de carácter nacional⁵⁴; ii) En consecuencia, al ser recursos de carácter nacional sus excedentes van a los fondos de solidaridad de igual naturaleza (Fondo de Solidaridad para Subsidios y Redistribución de Ingresos de la Nación-Ministerio de Minas y Energía y al Fondo de Comunicaciones del Ministerio de la Nación-Ministerio de Comunicaciones).

Por manera que si a los fondos municipales no ingresan los recursos superavitarios por concepto de la contribución solidaria en tratándose de los servicios de energía eléctrica, gas y telefonía básica conmutada dada su naturaleza nacional, los faltantes tampoco se evidenciarán en los fondos municipales, puesto que luego de la ley 286, los déficit sólo pueden apreciarse en los fondos nacionales.

Por otra parte, no existe en la normatividad vigente precepto que imponga al municipio deber de hacer aportes para cubrir los faltantes en relación con estos servicios, situación que se explica en el hecho de que ni siquiera la cuenta puede crearse a nivel municipal dado que por imperativo legal esta es de orden nacional. Por la inteligencia de las normas que regulan la materia, si una entidad territorial es responsable de la administración de los superávit que se generen por concepto de “contribuciones” en un determinado servicio, esa misma entidad territorial será la responsable de entrar a responder por los eventuales faltantes que se presenten en su financiamiento, porque a su cargo está la creación del FSRI, en cuanto a ese determinado servicio, a menos que la ley disponga otra cosa.

Ahora bien, si el municipio decide realizar aportes para cubrir faltantes que se presenten en los fondos nacionales, sólo podría hacerlo a través de la cuenta nacional creada por ley al efecto y no ingresando dineros a una ‘nueva’ cuenta de orden municipal, sin conexión alguna con la cuenta de orden nacional creada justamente para esos efectos.

⁵⁴ En la ponencia para segundo debate en Senado al proyecto de ley No. 284 de 1996 Senado, 307 Cámara (hoy ley 286) se precisa: “También en el proyecto aprobado por las comisiones (...) se hace claridad sobre la necesidad de establecer con carácter nacional la contribución que pagan de acuerdo con las leyes 142 y 143 de 1994 y la ley 223 de 1995 los usuarios residenciales de los estratos 5 y 6, los usuarios comerciales e industriales, para suplir las necesidades de pago de subsidio en beneficio de los usuarios residenciales pertenecientes a los estratos I, II y III” (GACETA DEL CONGRESO No. 239, martes 18 de junio de 1996, p. 14). En el proceso de estudio y discusión de este proyecto de ley en el debate conjunto de las Comisiones Quintas Constitucionales Permanentes de Senado y Cámara, el H. Representante Jorge Humberto Tejada Neira subrayó: “estaba diciendo señor Presidente que como coponente que soy del proyecto en la Cámara de Representantes, estamos de acuerdo con el Senador Serrano [también ponente] en la inclusión de este segundo artículo, sin embargo hemos dicho en la discusión con el Senador Serrano que el manejo de estos fondos, estando de acuerdo con él, que (sic) sea de carácter nacional y obligatorio, necesariamente debe de (sic) tener una reglamentación a la que debemos estar muy atentos, tanto los miembros de la Comisión Quinta de Cámara como Senado” (GACETA DEL CONGRESO No. 350, miércoles 28 de agosto de 1996, p. 7).

Interpretar lo contrario atentaría contra la naturaleza de este instituto jurídico (los FSRI) y además reñiría con el principio de “*eficiencia*” con base en el cual debe desarrollarse la función administrativa (art. 209 Constitucional).

La interpretación que acoge la Sala, además, le confiere sentido a las normas legales antes referidas, de modo que produzcan un *efecto útil*: frente a faltantes deben hacerse aportes efectivos que se enderecen a suplir los mismos, recursos que sólo pueden arbitrarse a través de la cuenta creada al efecto.

Además, el criterio expuesto está en perfecta consonancia con el mandato previsto en el numeral 99.5 del artículo 99 de la ley 142 conforme al cual los subsidios no excederán, en ningún caso, del valor de los consumos básicos o de subsistencia y los alcaldes y concejales “*tomarán las medidas que a cada uno correspondan para crear en el presupuesto municipal, y ejecutar, apropiaciones para subsidiar los consumos básicos de acueducto y saneamiento básico de los usuarios de menores recursos y extender la cobertura y mejorar la calidad de los servicios de agua potable y saneamiento básico, dando prioridad a esas apropiaciones, dentro de las posibilidades del municipio, sobre otros gastos que no sean indispensables para el funcionamiento de éste. La infracción de este deber dará lugar a sanción disciplinaria*”.

Por lo demás, revisadas las disposiciones citadas se advierte que ninguna de ellas prevé obligación alguna para los municipios en punto de cubrir los déficit que se generen en materia de subsidios para los servicios públicos domiciliarios de energía eléctrica, gas combustible distribuido por red física y telecomunicaciones domiciliarias.

Adicionalmente, tal y como ya lo ha señalado la Sala en *tres decisiones uniformes*⁵⁵ (art. 4º de la ley 169 de 1896), después de la modificación que introdujo el artículo 5º de la ley 286 de 1996 en lo que hace a la telefonía local, los recursos superavitarios resultantes de la aplicación del factor, no serán transferidos por los prestadores a los fondos municipales, sino al Fondo de Comunicaciones del Ministerio, lo cual significa que con esta norma se modificó el

⁵⁵ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 19 de mayo de 2005, Ref. AP 00293-01, Actor José Omar Cortés Quijano, Demandado: Municipio de Beltrán, C. P. Maria Elena Giraldo Gómez. Criterio reiterado en Sentencia de 2 de junio de 2005, Radicación número: 25000-23-24-000-2004-00417-01, Actor: José Omar Cortés Quijano, Referencia: AP – 00417, C. P. Maria Elena Giraldo Gómez y Sentencia de 7 de julio de 2005, Actor: José Omar Cortes Quijano, Demandada: Municipio de Fosca – Cundinamarca, Radicación 25000-23-27-000-2004 (AP-00380) 01, C. P. Ramiro Saavedra Becerra.

mandato contenido en el numeral 89.2 del artículo 89 de la ley 142 consistente en que los operadores de telefonía básica conmutada local debían transferir a los fondos los excedentes por concepto de subsidios.

Al estudiar la providencia de constitucionalidad (C 086 de 1998) que se ocupó del estudio del citado artículo 5º de la ley 286 de 1996 la Sala -en criterio que hoy se reitera- indicó:

“Sobre este punto es preciso señalar que, en sentencia C-086 de 1998, la Corte Constitucional juzgó, por vía de acción, la exequibilidad del artículo 5º de la ley 286 de 1996, disposición que se demandó bajo el argumento de que la misma desconocía el artículo 362 de la Constitución, según el cual, las rentas tributarias o no tributarias de las entidades territoriales son de su exclusiva propiedad y gozan de las mismas garantías que las rentas de los particulares, pues, a juicio del actor en ese proceso, las contribuciones que pagan los usuarios de los servicios públicos de los estratos 5 y 6, cuando éstos son prestados por empresas de servicios públicos que pertenecen a las distintas entidades territoriales o por empresas de carácter oficial, son rentas que pertenecen a estas entidades y, que por tanto, no pueden ser trasladadas a la Nación.

Esa Corporación en la citada providencia, estimó que la norma acusada se ajusta a la Constitución Política, por considerar 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, no es una renta territorial sino de carácter nacional con una destinación específica, de las que excepcionalmente autoriza la Constitución, que se concreta en que las empresas de servicios públicos, sean ellas oficiales, mixtas o privadas, compensen con lo que reciban del sobre costo cobrado a determinados usuarios, los montos dejados de percibir de usuarios a quienes no se les cobra el costo real del servicio.

En ese sentido, concluyó también que tales 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, pero, que no ocurre lo propio con los excedentes que por la aplicación de los subsidios a esos sectores se puedan generar, ya que la destinación de los mismos corresponde determinarla autónomamente al legislador, quien consideró que tales recursos, por ser dineros públicos, no pueden ser apropiados por las empresas sino girados a los fondos de solidaridad para los fines previstos en las normas vigentes. En ese sentido, afirmó la Corte lo siguiente:

"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 sobre costo 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 recaudadas 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." (negritas adicionales de la Sala).

En esa misma providencia, la Corte Constitucional se refirió a los superávits generados por concepto de la aplicación de subsidios, de acuerdo a los términos regulados en las leyes 142 de 1994 y 286 de 1996 y, concluyó que: 'El superávit de las empresas de carácter privado o mixto que presten los servicios públicos de agua potable o saneamiento básico y telefonía local fija sigue siendo administrado por fondos de solidaridad y redistribución del municipio o distrito correspondiente, y su destinación depende de las políticas que

adopte la respectiva comisión de regulación’.

No obstante, esa consideración relativa a la transferencia de los excedentes derivados del servicio de telefonía fija local a los fondos territoriales, no constituye precisamente el fundamento de la decisión adoptada por la Corte Constitucional, es decir, no es la *ratio decidendi* del fallo, sino tan solo un *óbiter dictum* que, por tal condición, no tiene fuerza jurídica vinculante.

10) Similar consecuencia a la señalada en el numeral anterior se presenta frente a los servicios públicos domiciliarios de energía eléctrica y gas combustible prestados por empresas oficiales de orden distrital, municipal o departamental, que por mandato del artículo 89.2 de la ley 142 de 1994 debían canalizar los excedentes resultantes de la aplicación de subsidios a los fondos municipales de solidaridad y redistribución de ingresos.

Ahora, luego de la promulgación de la ley 286 de 1996, las transferencias por ese concepto deben realizarlas todas las empresas prestatarias de esos servicios públicos domiciliarios, con independencia de su naturaleza jurídica o del nivel de cubrimiento del servicio y, las mismas deberán ser entregadas a un Fondo de Solidaridad y Redistribución de Ingresos de la Nación manejado por el Ministerio de Minas y Energía, para destinarse a los fines indicados en el artículo 89.3 de la ley 142 de 1994.

En el citado aspecto, también es claro el artículo 5° de la ley 286 de 1996 al señalar como destinatarios de ese deber jurídico, en forma genérica, a las empresas prestadoras de los servicios públicos domiciliarios de energía eléctrica y gas combustible, por lo que, se insiste, no hay lugar a hacer interpretaciones distintas cuando la ley misma no ha hecho tales diferenciaciones.

11) En ese marco normativo, a términos de la legislación vigente sobre la materia, los Fondos de Solidaridad y Redistribución de Ingresos, a nivel municipal, tienen como fuente de recursos los provenientes de las empresas oficiales de orden departamental distrital o municipal y de las empresas mixtas o privadas de todo orden, prestadoras de los servicios públicos domiciliarios de agua potable o saneamiento básico, por concepto de superávits resultantes de la aplicación de las contribuciones de solidaridad al pago de los subsidios de los consumos de subsistencia de los usuarios residenciales de los estratos 1, 2 y 3 de áreas urbanas y rurales.

En efecto, frente a los servicios públicos domiciliarios de energía eléctrica, gas combustible y telefonía básica conmutada o fija (local, nacional o internacional), la ley 286 de 1996 señala que los aportes de solidaridad son de carácter nacional, que deben ser realizados por todas las empresas de servicios públicos domiciliarios prestatarias de tales servicios, con independencia de la naturaleza jurídica de las mismas y del orden territorial al que pertenezcan y, que los excedentes de recursos producto de la aplicación de los subsidios deben ser destinados a los Fondos de Solidaridad y

Redistribución de Ingresos de la Nación - Ministerios de Minas y Energía y de Comunicaciones”.⁵⁶ (cursivas y negrillas originales)

En el caso *sub lite*, sin embargo, como ya se señaló, no se probó la violación de los derechos colectivos de acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna, ni a los derechos de los usuarios o consumidores, en tanto –como ya se indicó- el actor no demostró su vulneración, por lo que la Sala confirmará la sentencia apelada en cuanto denegó las pretensiones de la demanda.

Ahora bien, dado que el actor no realizó ningún tipo de actuación tendiente a demostrar la vulneración de los derechos colectivos cuya protección invocó en la demandada y dado que el Fondo de Solidaridad y Redistribución de ingresos fue creado con anterioridad a la presentación de la demanda la Sala confirmará la multa equivalente a diez (10) salarios mínimos legales mensuales con destino al Fondo para la defensa de los derechos e intereses colectivos, que en aplicación de lo dispuesto por el artículo 38 de la ley 472 se impuso por el *a quo*.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, actuando en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

Primero: CONFÍRMASE la sentencia apelada, esto es aquella de 8 de septiembre de 2005 proferida por la Sección Primera, Subsección B del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

⁵⁶ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Sentencia de 19 de mayo de 2005, Radicación número: 25000-23-24-000-2004-00293-01, Actor: José Omar Cortés Quijano, Referencia: AP – 00293. Demandado: Municipio de Beltrán, C. P. Maria Elena Giraldo Gómez. Criterio reiterado en Sentencia de 2 de junio de 2005, Radicación número: 25000-23-24-000-2004-00417-01, Actor: José Omar Cortés Quijano, Referencia: AP – 00417, C. P. Maria Elena Giraldo Gómez y Sentencia de 7 de julio de 2005, Actor: José Omar Cortés Quijano, Demandada: Municipio de Fosca – Cundinamarca, Radicación 25000-23-27-000-2004 (AP-00380) 01, C. P. Ramiro Saavedra Becerra.

Segundo: REMÍTASE por Secretaría a la Defensoría del Pueblo copia del presente fallo, para que sea incluido en el Registro Público Centralizado de Acciones Populares y de Grupo previsto en el artículo 80 de la ley 472 de 1998.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUELVASE

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ
Presidente de Sala
Con Aclaración de Voto

RUTH STELLA CORREA PALACIO

ALIER E. HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ

RAMIRO SAAVEDRA BECERRA

ACLARACION DE VOTO DEL DOCTOR MAURICIO FAJARDO

COMPETENCIA DE LAS AUTORIDADES NACIONALES, DEPARTAMENTALES Y MUNICIPALES EN RELACION CON LOS SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS - Tales competencias no son una liberalidad, sino que recaen en la Nación y demás entidades del Estado

A mi juicio esa distribución de competencias y responsabilidades en materia de otorgamiento de subsidios, con cargo a presupuestos oficiales y a favor de las personas de menores ingresos, para asegurarles la prestación de los servicios públicos domiciliarios que cubran sus necesidades básicas, es una distribución que no consulta, en modo alguno, la filosofía ni los dictados expresos que al respecto adopta la Constitución Política y, además, estimo que ese planteamiento acogido por la mayoría de la Sala tiene el agravante adicional de que parecería transmitir, de manera equívoca por su puesto, un aparente mensaje de complacencia o conformidad por parte de la Corporación, con destino a las autoridades legislativas y ejecutivas responsables de la definición y administración de esos asuntos, para con esa clase de esquema. Al respecto debe destacarse que el inciso 1º del artículo 365 constitucional, sin distinguir entre tipos o clases de servicios públicos, los calificó a todos, por igual, como “inherentes a la finalidad social del Estado”. De la misma manera resulta claro que al hacer referencia al Estado no involucró reparto o distribución de competencia alguna entre las dependencias o entidades que lo conforman. Así mismo, dentro del citado inciso

1º del artículo 365 supremo, se asignó al Estado el deber de asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos a favor de todos los habitantes del territorio nacional. Más adelante, en el artículo 366, La Constitución Política repitió la fórmula al identificar “bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población” como “finalidades sociales del Estado”, al tiempo que le atribuyó a ese mismo Estado, como “objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable”. Para eliminar cualquier duda que pudiese surgir acerca de la finalidad que persiguió el Constituyente, en el sentido de incorporar en la expresión genérica “Estado” a la totalidad de las dependencias o entidades territoriales que lo integran, sin pretender la realización de distribución alguna de competencias o funciones entre aquellas respecto de las finalidades y deberes correspondientes a los servicios públicos, ocurre que en el inciso 2º del citado artículo supremo 366, la propia Carta se ocupó de precisar que “para tales efectos” –es decir, para alcanzar las finalidades sociales de “bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población”, así como para lograr el “objetivo fundamental” de solucionar “las necesidades insatisfechas ... de saneamiento ambiental y de agua potable”-, “en los planes y presupuestos de la Nación y de las entidades territoriales, el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación”. De la norma constitucional en mención se desprende, sin lugar al menor cuestionamiento, que por expresa disposición del Constituyente “la solución de las necesidades insatisfechas de saneamiento ambiental y de agua potable” tienen relación inmediata e inescindible con “el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población” y que, como tales, forman parte esencial “el gasto público social”. Si bien en el artículo 367, la Carta defirió a la ley la facultad de fijar competencias y responsabilidades en relación, exclusivamente, con “la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación” y de fijar, además, “el régimen tarifario”, lo cierto es que nada dijo en materia de distribución de competencias respecto del otorgamiento de subsidios para la prestación de esa clase de servicios públicos. Por el contrario, en una norma constitucional diferente, esto es en el artículo 368, haciendo referencia específica a los subsidios que pueden otorgarse con cargo a los presupuestos públicos con el fin de asegurar la prestación de los servicios públicos domiciliarios a favor de las personas de menores ingresos –nada de lo cual quedó mencionado siquiera en el citado artículo 367-, la Carta Política consagró expresamente esa autorización en relación con “La Nación, los departamentos, los distritos, los municipios y las entidades descentralizadas”, en una palabra, la Constitución facultó para el otorgamiento de esos subsidios a las entidades que integran el Estado. A lo anterior se agrega la consideración de que si bien el otorgamiento de subsidios con cargo a presupuestos oficiales, para asegurar la prestación de servicios públicos domiciliarios a favor de las personas de menores ingresos, se encuentra consagrado y concebido en la Constitución Política (artículo 368), en términos de una autorización o facultad, casi potestativa, que, por tanto, en principio, no implicaría deberes u obligaciones de carácter imperativo para las correspondientes entidades públicas –esto es para La Nación, los departamentos, los distritos, los municipios y las entidades descentralizadas-, no es menos cierto que una interpretación armónica y sistemática de esa norma a la luz de los demás cánones y principios constitucionales, obliga a concluir en sentido diferente, es decir que en realidad el otorgamiento de tales subsidios sí constituye un verdadero deber o al menos una carga que la Carta asigna a todas las entidades aludidas, el cual debe atenderse dentro de la capacidad financiera y las posibilidades presupuestales de cada una de ellas, claro está. Así pues, si se tienen en cuenta –se reitera-, los aspectos constitucionales anteriormente referidos, en modo alguno podrá admitirse que el otorgamiento de subsidios para asegurar la prestación eficiente

de servicios públicos domiciliarios a favor de las personas de menores ingresos, corresponde simplemente a una mera liberalidad, a una facultad, a una autorización de la cual puedan hacer ejercicio, o no, a voluntad, las dependencias o entidades públicas que integran el Estado.

OTORGAMIENTO DE SUBSIDIOS EN EL SERVICIO PUBLICO DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO - El marco legal y constitucional no exonera a la Nación de velar por su existencia y cubrimiento / PRIORIDAD DEL GASTO SOCIAL - Estado Social de Derecho

Muy por el contrario, ha de señalarse que el otorgamiento de subsidios con cargo a los presupuestos públicos con el fin de asegurar la prestación eficiente y efectiva de servicios públicos domiciliarios a favor de las personas de menores ingresos, en realidad constituye un deber a cargo de la Nación, los departamentos, los distritos, los municipios y las entidades descentralizadas, dentro del límite de sus posibilidades presupuestales y respectivas capacidades financieras y sólo en la medida en que ese deber sea efectivamente atendido y satisfecho, sólo así podrán las finalidades sociales del Estado; sólo así el Estado podrá atender el deber de asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos a todos los habitantes del territorio nacional; sólo de esa manera podrá asegurarse el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población; no de otra forma podrá cumplirse el objetivo fundamental del Estado consistente en solucionar las necesidades insatisfechas de saneamiento ambiental y de agua potable; el cumplimiento de ese deber constituye una vía cierta para que la Nación y las entidades territoriales cumplan con el mandato de darle prioridad al gasto público social; difícilmente puede encontrarse una forma diferente al cumplimiento de ese deber, para concretar en una realidad tangible el carácter social de nuestro Estado de de derecho; mediante el cumplimiento de ese deber se contribuye de manera efectiva al propósito básico de asegurar la vida de los integrantes de menores ingresos del Pueblo colombiano, en condiciones dignas, dentro de un marco jurídico democrático que se traduzca realmente en un orden económico y social justo. Así las cosas, en modo alguno puede considerarse válidamente –como lo plantea y sugiere la Sentencia a la cual se refiere la presente aclaración de voto-, que por el sólo hecho de que no exista una norma legal que de manera expresa disponga la constitución de un Fondo de Solidaridad y Redistribución de Ingresos del orden nacional para cubrir los faltantes de los subsidios que se otorguen, a favor de las personas de menores ingresos, para la prestación de los servicios públicos domiciliarios de acueducto o de agua potable, de alcantarillado y aseo o saneamiento básico, entonces pueda concluirse que La Nación no tiene por qué interesarse en la apropiación de recursos presupuestales para esos fines y que estaría relevada de esos deberes respecto de esa clase de servicios, bajo el entendido de que los subsidios para esos específicos servicios públicos domiciliarios estaría, exclusivamente, a cargo de los municipios.

SUBSIDIOS EN LOS SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS DE ENERGIA ELECTRICA, GAS Y TELEFONIA PUBLICA BASICA CONMUTADA - Los Departamentos, Distritos y Municipios no están exonerados de velar por la apropiación de los recursos para subsidiar a los sectores menos favorecidos / ESTADO - Se encuentra conformado por la Nación, los Departamentos y los Municipios. La obligación en materia de acceso a los servicios públicos se encuentra en cabeza del Estado / OBLIGACIONES DE LA NACION EN RELACION CON LOS SUBSIDIOS A LOS SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS - Es universal y no fraccionada. Ley 142 de 1994 / SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS - Hacen parte del derecho fundamental a la vida

Así como no resulta cierto que los departamentos, distritos y municipios se encuentren liberados, por completo, de asumir deberes y responsabilidades en relación con el otorgamiento de subsidios, con cargo a sus presupuestos, para asegurar la prestación, a favor de las personas de menores ingresos, de los servicios públicos domiciliarios de energía eléctrica, de distribución de gas combustible, de telefonía fija pública básica conmutada y de telefonía local móvil en el sector rural, tampoco puede tenerse por cierto que la Nación no tenga a su cargo responsabilidad o deber alguno respecto del otorgamiento de esa clase de subsidios, con cargo a su presupuesto, para la prestación de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y saneamiento básico. Si se admitiere como válido que la Nación únicamente debe apropiarse recursos, con cargo a su presupuesto, para el otorgamiento de subsidios para asegurar la prestación de los servicios públicos domiciliarios de energía eléctrica, distribución de gas combustible, telefonía fija pública básica conmutada y telefonía local móvil en el sector rural, además de que con ese razonamiento se estarían desvirtuando las normas y los principios constitucionales que han quedado expuestos, por esa vía también se estarían convalidando una tremenda injusticia, la marginación y la ausencia total de solidaridad para con las personas de menores ingresos que habitan en los municipios más pobres y pequeños del país –cuyo número desafortunadamente abunda en el territorio nacional-, puesto que esas personas finalmente estarían condenadas a no recibir entonces apoyo o subsidio alguno del Estado para acceder a los servicios públicos domiciliarios de acueducto y saneamiento básico, de una parte porque esos municipios pobres y pequeños no disponen de recursos presupuestales suficientes para cubrir el gasto social que demanda la solución de las necesidades insatisfechas de saneamiento ambiental y de agua potable de sus habitantes con menores ingresos y, de otra parte, porque en esos municipios pobres y pequeños generalmente no existen habitantes de estratos 5 y 6 que puedan asumir, de manera efectiva, las contribuciones establecidas a su cargo con destino al otorgamiento de subsidios para el pago de los referidos servicios públicos domiciliarios. Sólo en la medida en que se entienda y se admita que todas las entidades públicas que forman parte del Estado, esto es las mencionadas expresamente en el artículo constitucional 368: Nación, departamentos, municipios, distritos y entidades descentralizadas, tienen responsabilidades constitucionales en relación con la apropiación, en sus respectivos presupuestos, para conceder subsidios “para que las personas de menores ingresos puedan pagar las tarifas de los servicios públicos domiciliarios que cubran sus necesidades básicas”, en particular las referidas a los servicios públicos domiciliarios de acueducto y saneamiento básico, sólo así los habitantes de menores ingresos de los municipios pobres y pequeños del país podrán recibir, de parte del Estado –por conducto de La Nación y los departamentos-, algún tipo de apoyo que les permita, de alguna manera y seguramente en forma paulatina, avanzar en la solución de sus necesidades insatisfechas de saneamiento ambiental y de agua potable y consiguientemente procurar el mejoramiento de su calidad de vida. El imperativo de que la Nación asuma responsabilidades concretas, serias y efectivas y significativas, con cargo a su presupuesto, como parte del gasto público social que está en el deber constitucional de priorizar, con miras a otorgar subsidios a favor de las personas de menores ingresos de todo el país para asegurarles la prestación, efectiva y eficiente, de los servicios públicos domiciliarios de acueducto o agua potable, de alcantarillado y aseo o de saneamiento básico, cobra singular importancia por dos razones tan simples como contundentes: En primer lugar, porque la solución de las necesidades insatisfechas en esa específica materia (saneamiento ambiental y agua potable), se encuentra definida expresamente en la Constitución Política como un objetivo fundamental del Estado (artículo 366 C.P.). Y, en segundo lugar, porque a pesar

de la importancia que caracteriza por igual a todos los servicios públicos domiciliarios y a pesar del papel protagónico que todos ellos desempeñan en la consecución del bienestar general y en el mejoramiento de la calidad de vida de la población, ocurre que los servicios públicos domiciliarios de agua potable y saneamiento básico sobresalen y deben ser atendidos con prelación, como quiera que son los únicos de los cuales depende de manera directa e inmediata el Derecho Fundamental a la vida de sus usuarios, por la sencilla pero potísima razón de que sin agua potable no es posible la vida. A lo anterior se agrega el hecho, no menos significativo, de que consiente del panorama constitucional y fáctico que ha quedado descrito, el legislador sí ha contemplado y dispuesto, de manera expresa y a través de diversas disposiciones, que la Nación apropie recursos, con cargo a su presupuesto, con el propósito de conceder subsidios, a favor de las personas de menores ingresos, para asegurar la prestación efectiva y eficiente de la totalidad de los servicios públicos domiciliarios, incluidos los de agua potable y saneamiento básico. Si además resulta que en el artículo 89.8, la misma Ley 142 dispuso que la diferencia que se presente entre los recursos disponibles en los FSRI y el monto real que se requiera para cubrir la totalidad de los subsidios que se otorguen para asegurar, a favor de las personas de menores ingresos, la prestación eficiente de los servicios públicos domiciliarios –incluidos los de acueducto y saneamiento básico–, debe ser cubierta con otros recursos de los presupuestos de las entidades de los órdenes municipal, distrital, departamental o nacional; Y si en el subnumeral 99.9 del artículo 99, la misma Ley 142, consagra las reglas que debe observar, entre otras, la Nación cuando conceda subsidios, con cargo a su presupuesto, para asegurar la prestación de los servicios públicos domiciliarios –incluidos los de agua potable, aseo y alcantarillado–, a favor de las personas de menos ingresos que habiten en los diferentes municipios del país. Es apenas natural que se deba concluir que la Ley 142 no ha liberó, no relevó y no excluyó, en modo alguno, a la Nación de las responsabilidades y deberes que le corresponden en relación con la mencionada apropiación de recursos presupuestales para el otorgamiento de subsidios, a favor de las personas de menores ingresos, para asegurar la prestación eficiente de los aludidos servicios públicos domiciliarios de acueducto (agua potable), aseo y alcantarillado (saneamiento básico).

LEY NACIONAL DEL PLAN DE DESARROLLO - Contempla la obligación de la Nación para conceder subsidios en el Servicio Público de Acueducto, Alcantarillado y Aseo

Ocurre que la Ley por medio de la cual se adoptó el Plan Nacional de Desarrollo para el período 2003 - 2006, distinguida con el número 812, también de manera expresa prevé y contempla la realización de aportes, con cargo al presupuesto de la Nación, para efectos de conceder subsidios, a favor de las personas de menores ingresos (estratos 1 y 2 y eventualmente 3), para la prestación de los servicios públicos domiciliarios entre los cuales menciona, explícitamente, los de acueducto, alcantarillado y aseo, de conformidad con el texto de su artículo 116.

MORALIDAD ADMINISTRATIVA - No puede estar circunscrita a la normatividad positiva, a la desviación de poder o a una conducta antijurídica / DESVIACION DE PODER Y CONDUCTA ANTIJURIDICA - Carga probatoria excesiva para la acción popular

Parecería que la Sala hubiere reducido al terreno de la normatividad positiva –y en particular a un solo aspecto de la legalidad: esto es la finalidad del acto o contrato– el alcance del referido derecho colectivo, en cuanto precisó que en estos casos la “moralidad debe referirse a la finalidad que inspira el acto de acuerdo con la ley”.

En esa misma línea de pensamiento, al reafirmar su criterio en el sentido de que la moralidad administrativa deba identificarse entonces con el alcance de las disposiciones positivas –esto es legalidad strictu sensu-, parecería que la Sala pone de presente la que a su juicio es “... una estrecha vinculación entre este principio [el de la moralidad administrativa] y la desviación de poder”, sin reparar en que al asimilar tales instituciones podría tenerse como resultado el desconocimiento de toda la utilidad que le es atribuible a la primera de dichas figuras, como quiera que es bien sabido que la desviación de poder se encuentra consagrada expresamente, desde antiguo, en el ordenamiento legal colombiano (artículo 84 C.C.A., y artículo 44-3 Ley 80 de 1993), como una causal de nulidad tanto de los actos administrativos como de los contratos estatales y a que a su examen y aplicación hay lugar en el marco del ya tradicional control judicial de legalidad de las decisiones de la Administración Pública, sin que para su procedencia hubiese sido necesario, nunca antes, la consagración del derecho colectivo a la moralidad administrativa y menos el desarrollo específico de las acciones populares como medio idóneo y expedito para garantizar su efectiva protección. Es más, al sostener que no toda actuación ilegal de la Administración Pública conlleva la violación del aludido derecho colectivo a la moralidad administrativa, la Sala, con apoyo en reiterados pronunciamientos sobre la materia, parecería poner de presente que cuando se alega la protección de dicho derecho no bastará con probar la ilegalidad de la actuación sino que será necesario acreditar la antijuridicidad de la conducta o el proceder demandados. De otro lado se tiene que, con los razonamientos que se dejan expuestos, al actor popular que pretenda obtener la protección del derecho colectivo a la moralidad administrativa –no para beneficio particular suyo sino para bien de toda la colectividad en general y de la Administración Pública en especial-, resultaría imponiéndosele una carga probatoria exagerada, no prevista en la Constitución Política ni en la ley, que excedería en mucho la carga probatoria que debe cumplir incluso el actor público que promueve una acción de nulidad, como quiera que, además de acreditar fehacientemente la ilegalidad de la decisión administrativa demandada –cuestión suficiente para que prospere la acción de nulidad-, se le exigiría aportar también pruebas que evidencien que los intereses, los propósitos o los fines perseguidos por la autoridad administrativa demandada habrían sido contrarios a los intereses, propósitos o fines que inspiran las normas en que tal autoridad debió apoyar su actuación. Dicho de otra manera, según los pronunciamientos aludidos se estaría sosteniendo que para la prosperidad de una demanda formulada en ejercicio de la acción popular con miras a obtener la protección efectiva del derecho colectivo a la moralidad administrativa, el respectivo demandante, además de acreditar en cada caso la violación de una disposición legal, tendría que probar también la correspondiente desviación de poder. A ello se agrega la contradicción que estaría envuelta en la exigencia encaminada a que además de la ilegalidad de la decisión demandada, el respectivo demandante deba probar también la antijuridicidad de la misma, como si fuese posible identificar actuaciones ilegales pero ajustadas al ordenamiento jurídico.

INTERPRETACION DEL JUEZ POPULAR AL ANALIZAR EL DERECHO COLECTIVO A LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA - No puede desconocer valores y principios constitucionales y reglas de interpretación. Interpretación teleológica

Y en aplicación de estos criterios es claro que no se pueda pretender que la actividad judicial se cumpla sin que el juez efectúe consideraciones o exámenes acerca de los valores, los principios o las reglas que se encuentran en juego, como quiera que tanto la propia Administración de Justicia, como la estructura

jurídica de nuestro Estado Social de Derecho, condensada en la Carta Política, se fundan en variados e importantes aspectos o conceptos de eminente contenido axiológico, como por ejemplo, entre muchos otros: la vigencia de un orden justo; la prevalencia del interés general; la promoción de la prosperidad general; la convivencia pacífica; la dignidad de las personas; la soberanía popular; la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana; la inviolabilidad de la vida; la libertad; la igualdad; la paz; etc., por cuya realización deben propender todas las autoridades de la República dentro del marco de sus funciones, cuestión que incluye a los jueces, claro está. Así las cosas, cabría señalar que si bien corresponderá al demandante probar la ilegalidad de la actuación administrativa que se cuestiona en la acción popular –a través de cualesquiera de los elementos que integran la misma-, ello no exonerará al juez competente del deber de analizar tanto la conducta de la respectiva autoridad, cuando de los argumentos de la demanda y de las pruebas recaudadas a lo largo del proceso advierta algún riesgo frente a este derecho colectivo, como también de auscultar e identificar los valores, principios y reglas que constituyen el sustrato mismo o la finalidad de las normas cuya inobservancia, respecto de alguno de sus elementos integradores, se alega.

MORALIDAD ADMINISTRATIVA - Legalidad como criterio exclusivo. El abandono de la legalidad como criterio único no implica que el juez entre en el campo de la moral. Función administrativa

Sin perjuicio de reconocer y admitir –no obstante la dinámica interrelación que permanentemente se presenta entre el derecho y la moral y de los múltiples puntos de contacto que unen a esos conceptos-, que entre la moral y la legalidad existen importantes diferencias, resulta preciso señalar que para efectos de garantizar y asegurar la efectividad del derecho colectivo a la moralidad administrativa, el juez popular no requerirá abandonar el aludido terreno de la legalidad –para adentrarse en el campo de la moral, corriendo el riesgo de fallar cada asunto de manera subjetiva, según sus propias y personalísimas convicciones de índole moral-, como quiera que el propio concepto de legalidad –entendido de manera integral-, involucra tantos, tan importantes y tan variados valores, principios y reglas, algunos incorporados expresamente a través normas positivas y muchos otros como sustrato o finalidad de aquellas y, en todo caso, como parte esencial de las mismas, que para lograr ese propósito bastará con que en cada caso concreto se examine la respectiva gestión de la Administración Pública –la cual puede manifestarse a través de hechos, omisiones, actos, abstenciones, contratos, etc.-, a la luz de ese conjunto de valores, principios y reglas que conforman o sustentan las disposiciones constitucionales, legales o reglamentarias que autorizan, asignan o prevén el cumplimiento de las funciones o de las actuaciones a cargo de la correspondiente autoridad administrativa.

PATRIMONIO PUBLICO - Bienes materiales e inmateriales en titularidad del Estado. Dominio eminente

En mi opinión, una noción como la señalada restringe sin razón el alcance que corresponde al concepto de patrimonio público, incorporado en el artículo 4 de la Ley 472, como quiera que al hacer referencia únicamente a los bienes, derechos y obligaciones que constituyen el objeto mismo de la propiedad estatal, se estarían excluyendo de su alcance los bienes –materiales e inmateriales-, derechos e intereses que no sean susceptibles de propiedad por parte del Estado, aunque él mismo sea el ‘sujeto’ llamado –a título distinto de propiedad-, a utilizarlos, usarlos, usufructuarlos, explotarlos, concederlos, defenderlos, etc. Tal es el caso del territorio nacional –del cual forman parte, entre otros, el mar territorial, la zona

contigua, la plataforma continental, el espacio aéreo, el segmento de la órbita geostacionaria-, respecto del cual en la doctrina del Derecho Internacional se ha admitido la titularidad de un 'dominio eminente' por parte del Estado, sin que dicha noción corresponda o pueda confundirse con la de propiedad. Según el razonamiento de la Sala, también quedarían por fuera de la noción de patrimonio público aquellos bienes –materiales e inmateriales-, derechos e intereses generales de la colectividad, respecto de los cuales el Estado no aparece ni puede aparecer como su propietario, tal como sucede, por ejemplo, con el patrimonio histórico o cultural de la Nación colombiana o con el ambiente sano a cuyo goce tiene derecho la colectividad el cual, por tanto, forma parte de su respectivo patrimonio. Es por ello que estimo que a la noción de patrimonio público, en cuanto integradora de un derecho atribuido a la colectividad, debe reconocérsele el alcance amplio que le atribuyó la ley, sin limitación alguna, dentro del cual se encuentran incorporados tanto los bienes, derechos e intereses de los cuales sea titular el Estado o las entidades que lo conforman, como el conjunto de bienes, derechos e intereses de la colectividad en general, lo cual no significa ni puede significar, en modo alguno, que los derechos que tienen identidad propia y que como tales constituyen objeto de tutela jurídica, pierdan dicha individualidad por el sólo hecho de integrar también el patrimonio público.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO

Bogotá, D.C., doce (12) de octubre de dos mil seis (2006)

Radicación número: 25000-23-24-000-2004-00932-01(AP)

Actor: SERGIO SANCHEZ

Demandado: MUNICIPIO DE ZIPAQUIRA

Si bien comparto la decisión que adoptó la Sala mediante la Sentencia citada en la referencia, como quiera que dentro del expediente no se encuentran acreditadas, en modo alguno, las alegadas violaciones a los derechos colectivos cuya protección pretendía el actor, respetuosamente me permito consignar y concretar las razones que expuse durante el debate del fallo que dio lugar a mi aclaración de voto, por cuanto hay tres aspectos consignados en la motivación de la Sentencia con los cuales no me identifiqué y, por tanto, estimo necesario efectuar algunas precisiones acerca de cada uno de ellos.

El primero de tales asuntos se refiere a la supuesta repartición de competencias que existiría de manera clara, entre **la Nación** por un lado y por el otro los **municipios, distritos y departamentos** para efectos de que cada una de tales entidades territoriales asuma o cubra, con cargo a sus respectivos presupuestos, subsidios encaminados a asegurar la prestación eficiente y efectiva de los servicios públicos domiciliarios a favor de las personas de menores ingresos, pero sobre la base de que tal distribución o reparto de competencias dependería del tipo o clase de tales servicios públicos.

El segundo aspecto, en relación con el cual me veo obligado a efectuar algunas precisiones, dice relación con el sentido y alcance que al parecer la Sala estaría atribuyendo al *derecho colectivo a la moralidad administrativa*.

Y el último tema corresponde al alcance, también aparentemente restringido que la Sala estaría reconociendo a la noción de *patrimonio público*, como elemento esencial que es del respectivo derecho colectivo, consagrado en la letra e) del artículo 4 de la Ley 472.

A continuación me permito exponer, por tanto, las razones que sirven de fundamento a la presente aclaración de voto.

1.- LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN GENERAL, SIN DISTINGO ALGUNO, DE ASUMIR LOS SUBSIDIOS ENCAMINADOS A ASEGURAR LA PRESTACIÓN EFECTIVA Y EFICIENTE DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS.

Dentro de las consideraciones que sirvieron de fundamento a la Sala para adoptar la decisión en relación con la cual estimo necesario aclarar mi posición, se encuentra aquella encaminada a sostener que el deber de cubrir la totalidad del faltante de subsidios para asegurar la prestación efectiva y eficiente de los servicios públicos domiciliarios con cargo a recursos públicos, a favor de las personas de menores ingresos, hipotéticamente estaría distribuido, mediante competencias fijas, entre las diversas entidades territoriales dependiendo del tipo de servicios de que se trate, así: **i).**- La totalidad del faltante de los subsidios para los servicios de *acueducto, alcantarillado y aseo* estaría a cargo, únicamente, de los **municipios**. **ii).**- La totalidad del faltante para cubrir los subsidios de los

servicios de *energía, gas y telefonía pública básica conmutada*, estaría a cargo, únicamente, de la **Nación**.

Lo anterior de conformidad con los siguientes apartes del fallo de la referencia:

“No le asiste razón al apelante cuando observa que el demandado ha incumplido parcialmente con la obligación de crear el F.S.R.I., por cuanto ha inobservado su deber de cubrir también los subsidios para los servicios públicos domiciliarios de energía eléctrica, telefonía básica y gas domiciliario.

“Y encuentra la Sala que esa afirmación carece de sustento legal, por cuanto de conformidad con los mandatos legales siguientes, la obligación de la constitución y puesta en funcionamiento de los F.S.R.I. a nivel municipal recae exclusivamente respecto de los sectores de acueducto, alcantarillado y aseo (arts. 89.3, 67.4, 74.3 lit. e) de la ley 142, art. 47 de la ley 143, ley 223 de 1995, inc. 3 y 4 del art. 5 de la ley 286 de 1996, Decreto 2375 de 1996⁵⁷ modificado por el Decreto 3090 de 1997⁵⁸, art. 4 de la ley 632 de 2000, Decreto Reglamentario 847 de 2001⁵⁹, modificado por el Decreto 201 de 2004⁶⁰).

“En efecto, según los términos del numeral 89.2 del artículo 89 de la ley 142 a los fondos de solidaridad (sin importar su nivel territorial: nación, departamento, municipio) ingresan en forma efectiva únicamente: i) los excedentes que se generen luego de aplicar el factor que corresponde pagar a los estratos altos, industriales y comerciales; y ii) la diferencia que debe cubrir la autoridad territorial respectiva cuando se presenten faltantes, esto es, en el evento en que dichos fondos no sean suficientes para cubrir la totalidad de los subsidios necesarios. En otros términos, el fondo de solidaridad maneja solamente los ingresos superavitarios de la contribución solidaria y los que provengan de las entidades territoriales competentes para cubrir los faltantes eventuales.

“Mientras que los F.S.R.I. para los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo tienen un carácter eminentemente municipal (numeral 99.5 del

⁵⁷ Cita efectuada en el fallo aludido en los siguientes términos: “Por el cual se expide la reglamentación inicial en lo pertinente a las contribuciones y transferencias de telefonía básica conmutada” DIARIO OFICIAL No. 42952, enero 8 de 1997”.

⁵⁸ Esta cita también forma parte del texto incluido en la Sentencia a la que alude la presente aclaración de voto: “Por el cual se modifica el Decreto 2375 de 1996” DIARIO OFICIAL No. 4320, 31 de diciembre de 1997. Mediante la Resolución 425 de 2002 “por medio de la cual se determina la metodología para aplicar el procedimiento general de liquidación y transferencias del régimen de subsidios y contribuciones de Telefonía Básica Conmutada, se definen los criterios para la distribución de excedentes de las contribuciones y se dictan otras disposiciones”.

⁵⁹ Cita incluida en el fallo adoptado por la Sala, así: “Por el cual se reglamentan las leyes 142 y 143 de 1994, 223 de 1995, 286 de 1996 y 632 de 2000, en relación con la liquidación, cobro, recaudo y manejo de las contribuciones de solidaridad y de los subsidios en materia de servicios públicos de energía eléctrica y gas combustible distribuido por red física” DIARIO OFICIAL No 44425 de 17 de mayo de 2001”.

⁶⁰ En el texto de la Sentencia se incluye la siguiente cita: “Por el cual se modifica parcialmente el Decreto 847 de 11 de mayo de 2001, en relación con el procedimiento de liquidación, reportes, validación y transferencias en materia de subsidios y contribuciones de los servicios públicos de energía eléctrica y gas combustible distribuido por red física” en DIARIO OFICIAL No 45.444. 28 de enero de 2004”.

artículo 99 de la ley 142), aquellos en relación con los servicios de energía eléctrica, gas combustible distribuido por red física y telefonía básica conmutada ostentan un carácter nacional como consecuencia de las modificaciones introducidas por el artículo 5º de la ley 286⁶¹ al citado numeral 89.2 del artículo 89 de la ley 142, a saber: i) las contribuciones que pagan los usuarios del servicio de energía eléctrica, de gas combustible distribuido por red física y de telefonía básica conmutada son de carácter nacional⁶²; ii) En consecuencia, al ser recursos de carácter nacional sus excedentes van a los fondos de solidaridad de igual naturaleza (Fondo de Solidaridad para Subsidios y Redistribución de Ingresos de la Nación-Ministerio de Minas y Energía y al Fondo de Comunicaciones del Ministerio de la Nación-Ministerio de Comunicaciones).

“Por manera que si a los fondos municipales no ingresan los recursos superavitarios por concepto de la contribución solidaria en tratándose de los servicios de energía eléctrica, gas y telefonía básica conmutada

⁶¹ La presente nota a pie de página forma parte del texto original del fallo adoptado por la Sala, según el siguiente texto: “Ley 286 artículo 5. 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.

“Quedan excluidas del pago de la contribución, las entidades establecidas en el numeral 89.7 del artículo 89 de la Ley 142 de 1994.

“Si después de aplicar la contribución correspondiente a los sectores de energía eléctrica y de gas combustible distribuido por red física, para el cubrimiento trimestral de la totalidad de los subsidios requeridos en la respectiva zona territorial, hubiere excedentes, éstos serán transferidos por las empresas distribuidoras de energía eléctrica o de gas combustible distribuido por red física, dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a su liquidación trimestral, al “Fondo de Solidaridad para Subsidios y Redistribución de Ingresos” de la Nación (Ministerio de Minas y Energía), y su destinación se hará de conformidad con lo establecido en el numeral 89.3 del artículo 89 de la Ley 142 de 1994.

“Si después de aplicar la contribución correspondiente al servicio de telefonía básica conmutada para el cubrimiento trimestral de la totalidad de los subsidios requeridos en la respectiva zona territorial hubiere excedentes, éstos serán transferidos por las empresas prestadoras del servicio de telefonía, dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a su liquidación trimestral, al “Fondo de Comunicaciones del Ministerio” de la Nación (Ministerio de Comunicaciones) el cual los destinará como inversión social al pago de los subsidios de los usuarios residenciales de estratos I, II y III, atendidos por empresas deficitarias prestadoras del servicio y para lo estatuido en el literal e del numeral 74.3 del artículo 74 de la Ley 142 de 1994”.

⁶² La Sala incorporó, en el texto de la parte motiva de su fallo, la siguiente anotación a pie de página: “En la ponencia para segundo debate en Senado al proyecto de ley No. 284 de 1996 Senado, 307 Cámara (hoy ley 286) se precisa: “También en el proyecto aprobado por las comisiones (...) se hace claridad sobre la necesidad de establecer con carácter nacional la contribución que pagan de acuerdo con las leyes 142 y 143 de 1994 y la ley 223 de 1995 los usuarios residenciales de los estratos 5 y 6, los usuarios comerciales e industriales, para suplir las necesidades de pago de subsidio en beneficio de los usuarios residenciales pertenecientes a los estratos I, II y III” (GACETA DEL CONGRESO No. 239, martes 18 de junio de 1996, p. 14). En el proceso de estudio y discusión de este proyecto de ley en el debate conjunto de las Comisiones Quintas Constitucionales Permanentes de Senado y Cámara, el H. Representante Jorge Humberto Tejada Neira subrayó: “estaba diciendo señor Presidente que como componente que soy del proyecto en la Cámara de Representantes, estamos de acuerdo con el Senador Serrano [también ponente] en la inclusión de este segundo artículo, sin embargo hemos dicho en la discusión con el Senador Serrano que el manejo de estos fondos, estando de acuerdo con él, que (sic) sea de carácter nacional y obligatorio, necesariamente debe de (sic) tener una reglamentación a la que debemos estar muy atentos, tanto los miembros de la Comisión Quinta de Cámara como Senado” (GACETA DEL CONGRESO No. 350, miércoles 28 de agosto de 1996, p. 7)”.

dada su naturaleza nacional, los faltantes tampoco se evidenciarán en los fondos municipales, puesto que luego de la ley 286, los déficit sólo pueden apreciarse en los fondos nacionales.

“Por otra parte, no existe en la normatividad vigente precepto que imponga al municipio deber de hacer aportes para cubrir los faltantes en relación con estos servicios, situación que se explica en el hecho de que ni siquiera la cuenta puede crearse a nivel municipal dado que por imperativo legal esta es de orden nacional. Por la inteligencia de las normas que regulan la materia, si una entidad territorial es responsable de la administración de los superávits que se generen por concepto de “contribuciones” en un determinado servicio, esa misma entidad territorial será la responsable de entrar a responder por los eventuales faltantes que se presenten en su financiamiento, porque a su cargo está la creación del FSRI, en cuanto a ese determinado servicio, a menos que la ley disponga otra cosa.

“Ahora bien, si el municipio decide realizar aportes para cubrir faltantes que se presenten en los fondos nacionales, sólo podría hacerlo a través de la cuenta nacional creada por ley al efecto y no ingresando dineros a una ‘nueva’ cuenta de orden municipal, sin conexión alguna con la cuenta de orden nacional creada justamente para esos efectos”.

A mi juicio esa distribución de competencias y responsabilidades en materia de otorgamiento de subsidios, con cargo a presupuestos oficiales y a favor de las personas de menores ingresos, para asegurarles la prestación de los servicios públicos domiciliarios que cubran sus necesidades básicas, es una distribución que no consulta, en modo alguno, la filosofía ni los dictados expresos que al respecto adopta la Constitución Política y, además, estimo que ese planteamiento acogido por la mayoría de la Sala tiene el agravante adicional de que parecería transmitir, de manera equívoca por su puesto, un aparente mensaje de complacencia o conformidad por parte de la Corporación, con destino a las autoridades legislativas y ejecutivas responsables de la definición y administración de esos asuntos, para con esa clase de esquema.

Al respecto debe destacarse que el inciso 1º del artículo 365 constitucional, sin distinguir entre tipos o clases de servicios públicos, los calificó a todos, por igual, como *“inherentes a la finalidad social del Estado”*.

De la misma manera resulta claro que al hacer referencia al **Estado** no involucró reparto o distribución de competencia alguna entre las dependencias o entidades que lo conforman.

Así mismo, dentro del citado inciso 1º del artículo 365 supremo, se asignó al **Estado** el deber de asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos a favor de todos los habitantes del territorio nacional.

Más adelante, en el artículo 366, La Constitución Política repitió la fórmula al identificar “[e]l bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población” como “finalidades sociales del **Estado**”, al tiempo que le atribuyó a ese mismo **Estado**, como “objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable”.

Para eliminar cualquier duda que pudiese surgir acerca de la finalidad que persiguió el Constituyente, en el sentido de incorporar en la expresión genérica “**Estado**” a la totalidad de las dependencias o entidades territoriales que lo integran, sin pretender la realización de distribución alguna de competencias o funciones entre aquellas respecto de las finalidades y deberes correspondientes a los servicios públicos, ocurre que en el inciso 2º del citado artículo supremo 366, la propia Carta se ocupó de precisar que “[p]ara tales efectos” –es decir, para alcanzar las finalidades sociales de “bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población”, así como para lograr el “objetivo fundamental” de solucionar “las necesidades insatisfechas ... de saneamiento ambiental y de agua potable”-, “en los planes y presupuestos de la Nación y de las entidades territoriales, el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación”.

De la norma constitucional en mención se desprende, sin lugar al menor cuestionamiento, que por expresa disposición del Constituyente “la solución de las necesidades insatisfechas ... de saneamiento ambiental y de agua potable” tienen relación inmediata e inescindible con “[e]l bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población” y que, como tales, forman parte esencial “[d]el gasto público social”.

Si bien en el artículo 367, la Carta defirió a la ley la facultad de fijar competencias y responsabilidades en relación, exclusivamente, con “la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación” y de fijar, además, “el régimen tarifario”, lo cierto es que nada dijo en materia de distribución

de competencias respecto del otorgamiento de subsidios para la prestación de esa clase de servicios públicos.

Por el contrario, en una norma constitucional diferente, esto es en el artículo 368, haciendo referencia específica a los subsidios que pueden otorgarse con cargo a los presupuestos públicos con el fin de asegurar la prestación de los servicios públicos domiciliarios a favor de las personas de menores ingresos –nada de lo cual quedó mencionado siquiera en el citado artículo 367-, la Carta Política consagró expresamente esa autorización en relación con **“La Nación, los departamentos, los distritos, los municipios y las entidades descentralizadas”**, en una palabra, la Constitución facultó para el otorgamiento de esos subsidios a las entidades que integran el **Estado**.

A lo anterior se agrega la consideración de que si bien el otorgamiento de subsidios con cargo a presupuestos oficiales, para asegurar la prestación de servicios públicos domiciliarios a favor de las personas de menores ingresos, se encuentra consagrado y concebido en la Constitución Política (artículo 368), en términos de una autorización o facultad, casi potestativa, que, por tanto, en principio, no implicaría deberes u obligaciones de carácter imperativo para las correspondientes entidades públicas –esto es para **La Nación, los departamentos, los distritos, los municipios y las entidades descentralizadas-**, no es menos cierto que una interpretación armónica y sistemática de esa norma a la luz de los demás cánones y principios constitucionales, obliga a concluir en sentido diferente, es decir que en realidad el otorgamiento de tales subsidios sí constituye un verdadero deber o al menos una carga que la Carta asigna a todas las entidades aludidas, el cual debe atenderse dentro de la capacidad financiera y las posibilidades presupuestales de cada una de ellas, claro está.

En efecto, si se tienen en cuenta, entre otros aspectos de importancia, que:

- i).- Los servicios públicos han sido identificados como *“inherentes a la finalidad social del **Estado**”* (artículo 365);
- ii).- Que dentro de dichos fines esenciales del **Estado** se encuentran los de *“servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución”* (artículo 2);

- iii).- Que al **Estado** se le impuso el deber constitucional de asegurar la prestación eficiente de dichos servicios públicos, a favor de todos los habitantes del territorio nacional (artículo 365);
- iv).- Que igualmente la Carta señala el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población como finalidades sociales del **Estado**;
- v).- Que la Constitución Política define expresamente como un objetivo fundamental del **Estado** la solución de las necesidades insatisfechas de saneamiento ambiental y de agua potable (artículo 366);
- vi).- Que la solución de esas necesidades insatisfechas se encuentra expresamente señalada como parte del gasto público social (artículo 366);
- vii).- Que la Constitución ordena que el gasto público social tenga prioridad, sobre cualquier otra asignación, en los planes y presupuestos de la **Nación** y de las **entidades territoriales**;
- viii).- Que Colombia se encuentra definida como un **Estado social** de derecho;
- ix).- Que entre los fundamentos del **Estado** se encuentran *“la solidaridad de las personas que la integran”* y *“la prevalencia del interés general”* (artículo 1) y,
- x).- Que la Constitución Política fue dictada por el Pueblo, entre otros, *“con el fin de ... asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, ... dentro de un marco jurídico democrático y participativo que garantice un orden ... económico y social justo ...”* (preámbulo),

Así pues, si se tienen en cuenta –se reitera-, los aspectos constitucionales anteriormente referidos, en modo alguno podrá admitirse que el otorgamiento de subsidios para asegurar la prestación eficiente de servicios públicos domiciliarios a favor de las personas de menores ingresos, corresponde simplemente a una mera liberalidad, a una facultad, a una autorización de la cual puedan hacer ejercicio, o no, a voluntad, las dependencias o entidades públicas que integran el **Estado**.

Muy por el contrario, ha de señalarse que el otorgamiento de subsidios con cargo a los presupuestos públicos con el fin de asegurar la prestación eficiente y efectiva de servicios públicos domiciliarios a favor de las personas de menores ingresos, en realidad constituye un deber a cargo de **la Nación, los departamentos, los distritos, los municipios y las entidades descentralizadas**, dentro del límite de sus posibilidades presupuestales y respectivas capacidades financieras y sólo en la medida en que ese deber sea efectivamente atendido y satisfecho, sólo así podrán las finalidades sociales del **Estado**; sólo así el **Estado** podrá atender el deber de asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos a todos los

habitantes del territorio nacional; sólo de esa manera podrá asegurarse el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población; no de otra forma podrá cumplirse el objetivo fundamental del **Estado** consistente en solucionar las necesidades insatisfechas de saneamiento ambiental y de agua potable; el cumplimiento de ese deber constituye una vía cierta para que **la Nación** y las **entidades territoriales** cumplan con el mandato de darle prioridad al gasto público social; difícilmente puede encontrarse una forma diferente al cumplimiento de ese deber, para concretar en una realidad tangible el carácter social de nuestro Estado de derecho; mediante el cumplimiento de ese deber se contribuye de manera efectiva al propósito básico de asegurar la vida de los integrantes de menores ingresos del Pueblo colombiano, en condiciones dignas, dentro de un marco jurídico democrático que se traduzca realmente en un orden económico y social justo.

Precisamente en ese sentido, la Corte Constitucional ha identificado el otorgamiento de subsidios para la prestación de servicios públicos domiciliarios a favor de las personas con menores ingresos, tanto como una de las fórmulas para promover la igualdad material como uno de los medios de que dispone el Estado social de derecho para evitar la marginación de dichas personas, tal como aparece en la Sentencia C-566 de 1995 mediante la cual se examinó la constitucionalidad del texto original del artículo 89.8 de la Ley 142 –posteriormente modificado a través del artículo 7 de la Ley 632-, en cuya virtud se determinan aspectos importantes en relación con la concesión de subsidios para la prestación de servicios públicos domiciliarios, por parte de las entidades públicas, oportunidad en la cual esa Corporación señaló:

“2. El Estado social de derecho no es ajeno a las condiciones de vida de los estratos más pobres del país. De hecho, su origen histórico está unido a las políticas sociales que en los sistemas políticos de occidente se dictaron con miras a paliar sus efectos. En la actualidad, lo que se propone con esta forma típica de configuración estatal va más allá de una mera actuación episódica o coyuntural, como quiera que la política social asume un más amplio espectro y de ella se sirve deliberada y permanentemente el Estado para inducir cambios de fondo dentro del sistema económico y social.

“El presupuesto en el que se funda el Estado social de derecho, es el de la íntima interconexión que se da entre la esfera estatal y la social. La sociedad no se presenta más como una entidad absolutamente independiente y autoregulada, dotada de un orden inmanente ajeno a toda regulación estatal que no fuera puramente adaptativa y promulgada en momentos de crisis. La experiencia histórica ha demostrado la necesidad

de que el Estado tenga una decidida presencia existencial y regulativa en las dimensiones más importantes de la vida social y económica, con el objeto de corregir sus disfuncionalidades y racionalizar su actividad, lo que llevado a la práctica ha contribuido a difuminar - hasta cierto punto - las fronteras entre lo estatal y lo social, reemplazándolas por una constante, fluida e interactiva relación entre lo público y lo privado.

“El Estado social de derecho se erige sobre los valores tradicionales de la libertad, la igualdad y la seguridad, pero su propósito principal es procurar las condiciones materiales generales para lograr su efectividad y la adecuada integración social. (... ..) En este sentido, los derechos prestacionales, la asunción de ciertos servicios públicos, la seguridad social, el establecimiento de mínimos salariales, los apoyos en materia laboral, educativa y de salud pública, entre otros institutos propios del Estado social de derecho, deben entenderse como fines sociales de la acción pública que se ofrecen a los individuos para que éstos puedan contar con un capacidad real de autodeterminación. Las finalidades sociales del Estado, desde el punto de vista del individuo, son medios para controlar su entorno vital y a partir de allí desarrollar libremente su personalidad, sin tener que enfrentarse a obstáculos cuya superación, dado su origen, exceda ampliamente sus fuerzas y posibilidades.

“La función distributiva de determinados bienes y servicios culturales y materiales por parte del Estado, se apoya fundamentalmente en el ejercicio de la potestad tributaria y tiene, por ende, un límite en la capacidad de exacción del sistema fiscal, el cual a su turno depende del nivel y del crecimiento de la economía. No es, pues, ilimitado, el poder del Estado social de derecho de captar ingresos y convertirlos en recursos fiscales. La necesaria distribución del producto social, no puede traducirse en la destrucción del proceso económico, cuya dirección de otra parte se confía al mismo Estado. Igualmente, por idénticas razones, la gestión del Estado en su ámbito prestacional, deberá caracterizarse por su eficiencia, economía y eficacia.

“El Estado social de derecho, se proyecta en la Constitución, en primer término, en la consagración del principio de igualdad y en su consecuencia obligada: los derechos sociales y económicos y en la prestación de los servicios públicos. En segundo término, a través de los derechos de participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la nación, que se compendian en el principio democrático y gracias al cual se socializa el Estado y las diferentes instancias de poder dentro de la comunidad.

“La orientación social del Estado, elevada a rasgo constitutivo suyo, articulada en varias disposiciones de la Constitución, resulta vinculante y obligatoria para todas las ramas del poder público. En particular, corresponde al Congreso definir en cada momento histórico, dentro del marco de la Constitución, la política social del Estado y asignar cuando a ello haya lugar los recursos necesarios para su debida implementación. El cumplimiento de prestaciones sociales y económicas a cargo del Estado y la asunción de servicios públicos, requieren del desarrollo de esquemas organizativos y demandan la generación de gasto público, y todo esto normalmente se financia con la imposición de contribuciones fiscales o parafiscales.

“Aquí se torna visible la interdependencia que existe entre el principio del Estado social de derecho y el principio democrático. El primero supone la adopción de políticas sociales que normalmente sólo a través del segundo se establecen. Las demandas por bienes y servicios formuladas por las personas, los grupos, las asociaciones, los partidos y demás formas de acción y cohesión social, se hacen presentes, compiten y se tramitan a través de los distintos mecanismos, directos e indirectos, de participación democrática. La distribución del producto social es esencialmente un asunto político, máxime si entraña gasto público y supone el ejercicio de la potestad tributaria enderezado a arbitrar los recursos para realizarlo.

“En suma, el avance del Estado social de derecho, postulado en la Constitución, no responde al inesperado triunfo de ninguna virtud filantrópica, sino a la actualización histórica de sus exigencias, las cuales no son ajenas al crecimiento de la economía y a la activa participación de los ciudadanos y de sus organizaciones en el proceso democrático.

“3. Justamente, la ley demandada conjuga en su cuerpo los dos principios: el principio democrático y el del Estado social de derecho. El Congreso, órgano al que se le confía, la definición de la política social del Estado, a través de la disposición demandada, autoriza la concesión de un subsidio para el pago de los servicios públicos básicos de las personas de menores ingresos. El contenido de la norma apunta a promover la igualdad material (C.P., art. 13) en el uso y disfrute de los servicios públicos domiciliarios, lo que responde a la idea central del Estado social de derecho. La política de subsidios, a la que se refiere el artículo 368 de la C.P., es uno de los medios a disposición del Estado social de derecho al cual puede éste recurrir con el objeto de asegurar su prestación a las personas de menores recursos que, por esa circunstancia, sin el apoyo estatal, quedarían marginados (C.P., arts. 365 y 368).

“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. (... ..)”

“3.1 El artículo 368 de la C.P., debe analizarse en el contexto del Estado social de derecho, del cual es pieza fundamental. En esta forma de Estado - no es ocioso reiterarlo -, es deber del Estado asegurar la prestación de los servicios públicos a "todos" los habitantes del territorio (C.P., art. 365), para lo cual la anotada política de subsidios prevista en la Constitución (C.P., art. 368), es uno de los principales instrumentos dirigidos a buscar que la igualdad sea real y efectiva y se evite que, con ocasión de su organización y puesta en marcha, se genere discriminación y marginalidad (C.P., art. 13).

“El principio de igualdad en el uso y disfrute de servicios públicos domiciliarios y la consiguiente diferenciación positiva que apareja, participan del valor normativo de la Constitución (C.P., art. 4), y tienen carácter vinculante para todos los poderes públicos, comprometidos jurídicamente con la efectividad del Estado social de derecho (C.P., art. 2) y la prioridad del gasto social (C.P., art. 350).

“Sin embargo, el cumplimiento de las normas que consagran principios - máxime cuando encierran grandes líneas de acción, metas y fines -, a

diferencia de otras, debe ser el que alcance el mayor grado posible de realización dentro de las posibilidades históricas, materiales y jurídicas. De otra parte, el grado de observancia de un principio consagrado en la Carta, incluso su precedencia respecto de otro, depende en últimas del juicio de ponderación que en cada caso deba hacerse por parte del juez constitucional. De ahí que, como en el presente caso, cuando esté en juego un principio, lo relevante sea determinar si, debiéndose cumplir, se hizo y en qué grado.

“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.

“

“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”⁶³.

De la misma manera, la Corte Constitucional ha puesto de presente el deber de solidaridad que la Carta Política impone al **Estado** como elemento inherente a su carácter social, cuya satisfacción debe traducirse en la adopción de medidas concretas encaminadas a garantizar unas condiciones mínimas de vida digna a todas las personas, tal como lo refleja el contenido de la Sentencia C-237 de 1997, en la cual se precisó:

“El deber de solidaridad del Estado ha de ser entendido como derivación de su carácter social y de la adopción de la dignidad humana como principio fundante del mismo. En virtud de tal deber, al Estado le corresponde garantizar unas condiciones mínimas de vida digna a todas las personas, y para ello debe prestar asistencia y protección a quienes se encuentren en circunstancias de inferioridad, bien de manera indirecta, a través de la inversión en el gasto social (lo cual explica la prioridad que dicho gasto tiene sobre cualquiera otra asignación, dentro de los planes y programas de la nación y de las entidades territoriales, art. 366 C.P.), o bien de manera directa, adoptando medidas en favor de aquellas personas que por razones económicas, físicas o mentales, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta. Es claro, entonces, que el Estado no tiene el carácter de benefactor, del cual dependan las personas, pues su función no se concreta en la caridad, sino en la promoción de las capacidades de los individuos, con el objeto de que cada quien pueda lograr, por sí mismo, la satisfacción de sus propias aspiraciones.

⁶³ Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-566 de noviembre 30 de 1995. Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

“En otros términos, dado que Colombia posee un sistema económico que se funda en la propiedad privada y la libertad de empresa, la obtención de los medios necesarios para la subsistencia han de derivarse del esfuerzo propio, siendo deber del Estado crear las condiciones materiales para hacer posible el ejercicio de éstos derechos; promover a quienes estén en inferioridad de circunstancias, y sólo de manera subsidiaria, atender las necesidades de los que carecen por completo de recursos económicos.”⁶⁴

Así las cosas, en modo alguno puede considerarse válidamente –como lo plantea y sugiere la Sentencia a la cual se refiere la presente aclaración de voto-, que por el sólo hecho de que no exista una norma legal que de manera expresa disponga la constitución de un Fondo de Solidaridad y Redistribución de Ingresos del orden nacional para cubrir los faltantes de los subsidios que se otorguen, a favor de las personas de menores ingresos, para la prestación de los servicios públicos domiciliarios de acueducto o de agua potable, de alcantarillado y aseo o saneamiento básico, entonces pueda concluirse que **La Nación** no tiene por qué interesarse en la apropiación de recursos presupuestales para esos fines y que estaría relevada de esos deberes respecto de esa clase de servicios, bajo el entendido de que los subsidios para esos específicos servicios públicos domiciliarios estaría, exclusivamente, a cargo de los **municipios**.

Como quedó visto, la Constitución Política asignó importantes responsabilidades al **Estado**, de manera genérica –del cual forma parte esencial la **Nación**, como entidad pública con personalidad jurídica-, en relación con la prestación de los servicios públicos, con la solución de necesidades insatisfechas de saneamiento ambiental y de agua potable y refiriéndose concretamente a la **Nación** –junto con otras entidades-, le impuso el deber de priorizar el gasto público social en su presupuesto al tiempo que la facultó para el otorgamiento de subsidios, con cargo a su presupuesto, *“para que las personas de menores ingresos puedan pagar las tarifas de los servicios públicos domiciliarios que cubran sus necesidades básicas”*.

Así como no resulta cierto que los **departamentos, distritos y municipios** se encuentren liberados, por completo, de asumir deberes y responsabilidades en relación con el otorgamiento de subsidios, con cargo a sus presupuestos, para asegurar la prestación, a favor de las personas de menores ingresos, de los

⁶⁴ Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-237 de mayo 20 de 1997. Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz.

servicios públicos domiciliarios de energía eléctrica, de distribución de gas combustible, de telefonía fija pública básica conmutada y de telefonía local móvil en el sector rural, tampoco puede tenerse por cierto que la **Nación** no tenga a su cargo responsabilidad o deber alguno respecto del otorgamiento de esa clase de subsidios, con cargo a su presupuesto, para la prestación de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y saneamiento básico.

Si se admitiere como válido que la **Nación** únicamente debe apropiarse recursos, con cargo a su presupuesto, para el otorgamiento de subsidios para asegurar la prestación de los servicios públicos domiciliarios de energía eléctrica, distribución de gas combustible, telefonía fija pública básica conmutada y telefonía local móvil en el sector rural, además de que con ese razonamiento se estarían desvirtuando las normas y los principios constitucionales que han quedado expuestos, por esa vía también se estarían convalidando una tremenda injusticia, la marginación y la ausencia total de solidaridad para con las personas de menores ingresos que habitan en los municipios más pobres y pequeños del país –cuyo número desafortunadamente abunda en el territorio nacional-, puesto que esas personas finalmente estarían condenadas a no recibir entonces apoyo o subsidio alguno del **Estado** para acceder a los servicios públicos domiciliarios de acueducto y saneamiento básico, de una parte porque esos municipios pobres y pequeños no disponen de recursos presupuestales suficientes para cubrir el gasto social que demanda la solución de las necesidades insatisfechas de saneamiento ambiental y de agua potable de sus habitantes con menores ingresos y, de otra parte, porque en esos municipios pobres y pequeños generalmente no existen habitantes de estratos 5 y 6 que puedan asumir, de manera efectiva, las contribuciones establecidas a su cargo con destino al otorgamiento de subsidios para el pago de los referidos servicios públicos domiciliarios.

Sólo en la medida en que se entienda y se admita que todas las entidades públicas que forman parte del **Estado**, esto es las mencionadas expresamente en el artículo constitucional 368: **Nación, departamentos, municipios, distritos y entidades descentralizadas**, tienen responsabilidades constitucionales en relación con la apropiación, en sus respectivos presupuestos, para conceder subsidios *“para que las personas de menores ingresos puedan pagar las tarifas de los servicios públicos domiciliarios que cubran sus necesidades básicas”*, en particular las referidas a los servicios públicos domiciliarios de acueducto y saneamiento básico, sólo así los habitantes de menores ingresos de los

municipios pobres y pequeños del país podrán recibir, de parte del **Estado** –por conducto de **La Nación** y **los departamentos-**, algún tipo de apoyo que les permita, de alguna manera y seguramente en forma paulatina, avanzar en la solución de sus necesidades insatisfechas de saneamiento ambiental y de agua potable y consiguientemente procurar el mejoramiento de su calidad de vida.

El imperativo de que la **Nación** asuma responsabilidades concretas, serias y efectivas y significativas, con cargo a su presupuesto, como parte del gasto público social que está en el deber constitucional de priorizar, con miras a otorgar subsidios a favor de las personas de menores ingresos de todo el país para asegurarles la prestación, efectiva y eficiente, de los servicios públicos domiciliarios de acueducto o agua potable, de alcantarillado y aseo o de saneamiento básico, cobra singular importancia por dos razones tan simples como contundentes:

En primer lugar, porque la solución de las necesidades insatisfechas en esa específica materia (saneamiento ambiental y agua potable), se encuentra definida expresamente en la Constitución Política como un objetivo fundamental del **Estado** (artículo 366 C.P.).

Y, en segundo lugar, porque a pesar de la importancia que caracteriza por igual a todos los servicios públicos domiciliarios y a pesar del papel protagónico que todos ellos desempeñan en la consecución del bienestar general y en el mejoramiento de la calidad de vida de la población, ocurre que los servicios públicos domiciliarios de agua potable y saneamiento básico sobresalen y deben ser atendidos con prelación, como quiera que son los únicos de los cuales depende de manera directa e inmediata el Derecho Fundamental a la vida de sus usuarios, por la sencilla pero potísima razón de que sin agua potable no es posible la vida.

A lo anterior se agrega el hecho, no menos significativo, de que consiente del panorama constitucional y fáctico que ha quedado descrito, el legislador sí ha contemplado y dispuesto, de manera expresa y a través de diversas disposiciones, que la **Nación** apropie recursos, con cargo a su presupuesto, con el propósito de conceder subsidios, a favor de las personas de menores ingresos, para asegurar la prestación efectiva y eficiente de la totalidad de los servicios públicos domiciliarios, incluidos los de agua potable y saneamiento básico.

Así lo evidencia el texto del apartado 67.4 del artículo 67 de la Ley 142 de 1994, a cuyo tenor:

*“Artículo 67.- **Funciones de los Ministerios en relación con los servicios públicos.** El Ministerio de Minas y Energía, el de Comunicaciones y el de Desarrollo, tendrán, en relación con los servicios públicos de energía y gas combustible, telecomunicaciones, y agua potable y saneamiento básico, respectivamente, las siguientes funciones:*

“

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

De la misma manera, en el artículo 89.8 de la misma Ley 142 –modificado por el artículo 7 de la Ley 632-, el legislador contempló y dispuso, de manera clara y expresa, que en los casos en que los recursos de que dispongan los Fondos de Solidaridad y Redistribución de Ingresos –FSRI-, no resulten suficientes para cubrir la totalidad de los subsidios requeridos para asegurar, a favor de las personas de menores ingresos, la prestación de todos los servicios públicos domiciliarios –incluidos los de acueducto y saneamiento básico-, el faltante será cubierto con recursos de los presupuestos de las entidades **municipales, distritales, departamentales o nacionales**, de conformidad con el siguiente texto:

*“89.8.- En el evento de que los fondos de Solidaridad y Redistribución de Ingresos no sean suficientes para cubrir la totalidad de los subsidios necesarios, la diferencia será cubierta con otros recursos de los presupuestos de las entidades del orden municipal, distrital, departamental o **nacional**”.* (Se deja subrayado y destacado).

Por su parte, el apartado 99.9 del artículo 99 de la citada ley de servicios públicos domiciliarios, 142 de 1994, regula de manera precisa los criterios que debe aplicar **la Nación** para otorgar subsidios en, favor de las personas de menores ingresos, para la prestación de todos los servicios públicos domiciliarios, incluidos, claro está, los de acueducto y saneamiento básico, así:

*“Artículo 99.- **Forma de subsidiar.** Las entidades señaladas en el artículo 368 de la Constitución Política podrán conceder subsidios en sus respectivos presupuestos de acuerdo a las siguientes reglas:*

“.....

*“99.9. 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. En consecuencia y con el fin de cumplir cabalmente con los principios de solidaridad y redistribución no existirá exoneración en el pago de los servicios de que trata esta ley para ninguna persona natural o jurídica.” (La subraya y las negrillas no pertenecen al original).*

Si resulta perfectamente claro que en relación con los aludidos servicios públicos domiciliarios de agua potable y saneamiento básico, la Ley 142, en el apartado 67.4 de su artículo 67, le impuso a determinados Ministerios, los cuales forman parte de **la Nación**, los deberes de: **i)** identificar el monto de los subsidios que para asegurar la prestación de dichos servicios debe asumir, precisamente, **la Nación**; **ii)** identificar los criterios que deben aplicarse para la asignación de subsidios en relación con esos específicos servicios públicos domiciliarios, y **iii)** formular propuestas –obviamente en relación con la apropiación de partidas para el otorgamiento de subsidios con destino a ese tipo concreto de servicios públicos domiciliarios-, durante la preparación del presupuesto de la **Nación**;

Si además resulta que en el artículo 89.8, la misma Ley 142 dispuso que la diferencia que se presente entre los recursos disponibles en los FSRI y el monto real que se requiera para cubrir la totalidad de los subsidios que se otorguen para asegurar, a favor de las personas de menores ingresos, la prestación eficiente de los servicios públicos domiciliarios –incluidos los de acueducto y saneamiento básico-, debe ser cubierta con otros recursos de los presupuestos de las entidades de los órdenes municipal, distrital, departamental o **nacional**;

Y si en el subnumeral 99.9 del artículo 99, la misma Ley 142, consagra las reglas que debe observar, entre otras, **la Nación** cuando conceda subsidios, con cargo a su presupuesto, para asegurar la prestación de los servicios públicos domiciliarios –incluidos los de agua potable, aseo y alcantarillado-, a favor de las personas de menos ingresos que habiten en los diferentes municipios del país;

Es apenas natural que se deba concluir que la Ley 142 no ha liberó, no relevó y no excluyó, en modo alguno, a **la Nación** de las responsabilidades y deberes que le corresponden en relación con la mencionada apropiación de recursos presupuestales para el otorgamiento de subsidios, a favor de las personas de

menores ingresos, para asegurar la prestación eficiente de los aludidos servicios públicos domiciliarios de acueducto (agua potable), aseo y alcantarillado (saneamiento básico).

Por si lo expuesto no resultare suficiente, ocurre que la Ley por medio de la cual se adoptó el Plan Nacional de Desarrollo para el período 2003 - 2006, distinguida con el número 812, también de manera expresa prevé y contempla la realización de aportes, con cargo al presupuesto de **la Nación**, para efectos de conceder subsidios, a favor de las personas de menores ingresos (estratos 1 y 2 y eventualmente 3), para la prestación de los servicios públicos domiciliarios entre los cuales menciona, explícitamente, los de acueducto, alcantarillado y aseo, de conformidad con el texto de su artículo 116 que a la letra reza:

“Artículo 116. Subsidios para estratos 1, 2 y 3. La aplicación de subsidios al costo de prestación de los servicios públicos domiciliarios de los estratos socioeconómicos 1 y 2 a partir de la vigencia de esta ley y para los años 2004, 2005 y 2006, deberá hacerse de tal forma que el incremento tarifario a estos usuarios en relación con sus consumos básicos o de subsistencia corresponda en cada mes a la variación del Índice de Precios al Consumidor.

*“Las Comisiones de Regulación ajustarán la regulación para incorporar lo dispuesto en este artículo. **Este subsidio podrá ser cubierto por recursos de los Fondos de Solidaridad, aportes de la Nación y de las Entidades Territoriales.***

*“Parágrafo 1°. **Para los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo, los subsidios se aplicarán** de acuerdo con la disponibilidad de recursos de los entes que los otorguen, de tal forma que en ningún caso será superior al cuarenta por ciento (40%) del costo medio del suministro para el estrato 2, ni superior al setenta por ciento (70%) para el estrato 1.*

“Parágrafo 2°. En todos los servicios públicos domiciliarios, se mantendrá el régimen establecido en las Leyes 142 y 143 de 1994 para la aplicación del subsidio en el estrato 3”. (Las negrillas no pertenecen al texto original).

Por último, acerca del tema en desarrollo, por considerar perfectamente válido y claro el análisis que al respecto consignó el señor Consejero Alier Eduardo Hernández Enríquez, en el numeral 3.2 del salvamento de voto que formuló frente a la misma Sentencia de la referencia, a continuación procedo a transcribir dichos apartes que, con la venia de su autor, hago míos en el presente aclaración de voto:

“3.2. Diferencia de criterios con la Sala.”

“La Sala sostiene que si se trata de Fondos municipales el municipio es quien debe subsidiar los SPD para los cuales fueron creados, y si los fondos son nacionales entonces es la nación quien asume plenamente la obligación de subsidiar. Concretamente, dice la sentencia que “... Por la inteligencia de las normas que regulan la materia, si una entidad territorial es responsable de la administración de los superávit que se generen por concepto de ‘contribuciones’ en un determinado servicio, esa misma entidad territorial será la responsable de entrar a responder por los eventuales faltantes que se presenten en su financiamiento, porque a su cargo está la creación del FSRI, en cuanto a ese determinado servicio, a menos que la ley disponga otra cosa.”

“Esta analogía resulta equivocada, porque i) una cosa es que el fondo se manejado por una u otra entidad: municipios y nación – administración de los fondos-, ii) otra, muy distinta, es quién tiene la obligación de subsidiar los SPD cuando los fondos no tengan recursos suficientes –estos es, los usuarios de los estrados 5 y 6 e industriales y comerciales, y las entidades del orden nacional, departamental, municipal y distrital con recursos propios-, y iii) una tercera dimensión del problema consiste en clarificar, cuáles son las fuentes de recursos, de las entidades públicas, que se destinarán a asumir el pago de subsidios –por ejemplo, de las transferencias de la nación, de impuestos propios, de sobretasas, etc.-”

“De este modo, el fondo bien puede ser municipal y, no obstante ello, la obligación de subsidiar estar a cargo de todas las entidades mencionadas; otro tanto ocurre con los fondos nacionales; es que el FSRI no es sino una forma de administrar los recursos destinados a cubrir subsidios; su naturaleza (nacional o municipal), por consiguiente no constituye la fuente de la obligación misma de subsidiar SPD.”

“Allí radica a mi juicio, la confusión, pues se estima que si el fondo es municipal, entonces el municipio es quien cubre la totalidad de faltantes de recursos para subsidios. De ser así, cabe preguntar ¿en qué situación quedan los departamentos, pues ellos, según el art. 89.1 de la ley 142, también tienen la obligación de crear los FSRI⁶⁵? ¿Quién debe subsidiar los faltantes de subsidios en esos casos? Y también, ¿a dónde van los excedentes de recursos de esos fondos? La Sala con la sentencia que estoy comentando, no tuvo en cuenta este detalle, y los excluyó de toda obligación y responsabilidad en esta materia.”

2.- EL DERECHO COLECTIVO A LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA.

Al abordar la muy difícil tarea de precisar el alcance o al menos tratar de delinear el contorno, de manera genérica y abstracta, del *derecho colectivo a la moralidad*

⁶⁵ Dice esta norma, en su inciso 2, que “... A igual procedimiento y sistema se sujetarán los fondos departamentales y distritales que deberán ser creados por las autoridades correspondientes en cada caso.”

administrativa, la Sala, después de precisar que no es posible adoptar una sola definición⁶⁶ de '*moralidad administrativa*', ha señalado:

"... si dicho concepto se adopta como principio que debe regir la actividad administrativa (art. 209 ibídem), la determinación de lo que debe entenderse por moralidad no puede depender de la concepción subjetiva de quien califica la actuación sino que debe referirse a la finalidad que inspira el acto de acuerdo con la ley".

De esta manera la Sala ha puesto en evidencia la muy válida preocupación que le asiste –a la cual naturalmente me sumo–, en el sentido de tratar de evitar que el juzgamiento de los casos concretos en los cuales se discuta la vulneración del *derecho colectivo a la moralidad administrativa*, se adelante con sujeción, exclusivamente, a la concepción subjetiva o las convicciones personales de cada fallador.

Sin embargo, en su loable afán por eliminar el riesgo que representa el hecho de que las decisiones que correspondan a aquellas acciones populares en las cuales se debata la protección del *derecho colectivo a la moralidad administrativa*, se adopten con fundamento exclusivo en las convicciones o apreciaciones eminentemente subjetivas del respectivo juez⁶⁷, parecería que la Sala hubiere reducido al terreno de la normatividad positiva –y en particular a un solo aspecto de la legalidad: esto es la finalidad del acto o contrato–, el alcance del referido derecho colectivo, en cuanto precisó que en estos casos la "*... moralidad .. debe referirse a la finalidad que inspira el acto de acuerdo con la ley*".

En esa misma línea de pensamiento, al reafirmar su criterio en el sentido de que la *moralidad administrativa* deba identificarse entonces con el alcance de las disposiciones positivas –esto es legalidad *strictu sensu*–, parecería que la Sala pone de presente la que a su juicio es "*... una estrecha vinculación entre este principio [el de la moralidad administrativa] y la desviación de poder*", sin reparar

⁶⁶ Así se lee al respecto dentro de la Sentencia citada en la referencia:

"... la Sala precisó, en tesis que ha sido constantemente reiterada, que en un Estado pluralista como el que se identifica en la Constitución de 1991 (art. 1), la moralidad tiene una textura abierta, en cuanto de ella pueden darse distintas definiciones."

⁶⁷ En cualquier caso resulta pertinente anotar que ese riesgo que aquí llevó a la Sala a buscar caminos y razonamientos para tratar de eliminarlo, en realidad es un riesgo que resulta común a todas las actuaciones judiciales y, por tanto, no es exclusivo de las acciones populares en las cuales se debata la protección del *derecho colectivo a la moralidad administrativa*, cuestión que por su generalidad no le resta importancia a la preocupación de la Sala ni gravedad a la configuración del mismo.

en que al asimilar tales instituciones podría tenerse como resultado el desconocimiento de toda la utilidad que le es atribuible a la primera de dichas figuras, como quiera que es bien sabido que la *desviación de poder* se encuentra consagrada expresamente, desde antiguo, en el ordenamiento legal colombiano (artículo 84 C.C.A., y artículo 44-3 Ley 80 de 1993), como una causal de nulidad tanto de los actos administrativos como de los contratos estatales y a que a su examen y aplicación hay lugar en el marco del ya tradicional control judicial de legalidad de las decisiones de la Administración Pública, sin que para su procedencia hubiese sido necesario, nunca antes, la consagración del *derecho colectivo a la moralidad administrativa* y menos el desarrollo específico de las acciones populares como medio idóneo y expedito para garantizar su efectiva protección.

Es más, al sostener que no toda actuación ilegal de la Administración Pública conlleva la violación del aludido *derecho colectivo a la moralidad administrativa*, la Sala, con apoyo en reiterados pronunciamientos sobre la materia, parecería poner de presente que cuando se alega la protección de dicho derecho no bastará con probar la ilegalidad de la actuación sino que será necesario acreditar la antijuridicidad de la conducta o el proceder demandados, tal como se desprende de los apartes que a continuación se transcriben *in extenso*, con el fin de reflejar con fidelidad el pensamiento de la Sala :

“Con este propósito es importante precisar que en veces la violación al principio de legalidad, que se traduce en el no acatamiento de la normatividad en el ejercicio de la función administrativa, puede conducir a concluir también la vulneración a la moralidad administrativa, porque a la ilegalidad de la actuación se une la conducta antijurídica de quien la ejerce, en tanto actúa no con el ánimo de satisfacer el interés general, sino con el claro propósito de atender intereses personales y particulares, esto es, se vale de la función que ejerce como servidor del Estado, en provecho propio.

“Pero no siempre la ilegalidad conduce a la vulneración a la moralidad administrativa y corresponde al demandante en la acción popular la carga procesal de precisar el aspecto en el cual radica la trasgresión a este principio, endilgando acusaciones propias de su vulneración y no solo de ilegalidad.

“Igualmente al juez de la acción popular le corresponde superar los límites de la revisión de ilegalidad de la actuación con la que según la demanda se vulnera la moralidad administrativa, para extender su análisis a las motivaciones que llevaron al funcionario a ejecutar la actuación.

“En este sentido se pronunció la Sala en sentencia de noviembre de 2004, al señalar que:

“ “La violación del derecho a la moralidad administrativa implica siempre la vulneración por parte de los servidores públicos de la Constitución o la ley, o la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones (art. 6 Constitución Política), pero no siempre la vulneración del principio de legalidad implica la violación de la moralidad administrativa, pues para que tal consecuencia se produzca es necesario, además, que la decisión u omisión cuestionada se hayan realizado con desviación de poder, o con un interés ajeno al que debe inspirar el acto.

“En el sub examine, se echan de menos esos requisitos. No puede concluirse que por la sola omisión en la transferencia de recursos de una entidad estatal a otra de la misma naturaleza, se afecte la moralidad administrativa, pues, tal como se indicó con anterioridad, el desconocimiento de ese derecho se presenta cuando la actuación de la administración se encuentra desligada de los fines y principios que regulan la administración, y obedece a finalidades de carácter particular con el objeto de favorecer intereses propios o de terceros con claro desconocimiento de los principios de la administración.

“No puede olvidarse que la administración además de cumplir con las obligaciones que le impone el ordenamiento legal también debe tener en cuenta la conveniencia en el cumplimiento de sus obligaciones. Así, la conducta pudo estar fundada en criterios válidos en algún momento para la administración, como por ejemplo la falta de claridad en el precepto legal, lo que impedía contar con la certeza necesaria para cumplir con la norma.

“Correspondía a los actores demostrar, además de la omisión, la presencia de elementos de carácter subjetivo contrarios a los fines y principios de la administración, esto es: conductas amañadas, irregulares o corruptas que favorecen el interés particular a costa de ignorar los fines y principios de la recta administración. Esa prueba se echa de menos.” (subrayas fuera de texto) ⁶⁸

“En igual sentido se reitera el pronunciamiento contenido en la sentencia de 2 de junio de 2005, Exp. AP-720, en el que se afirmó que:

“ “La moral administrativa consiste en la justificación de la conducta de quien ejerce función pública, frente a la colectividad, no con fundamento en una óptica individual y subjetiva que inspire al juez en cada caso particular y concreto, sino en la norma jurídica determinadora de los procedimientos y trámites que debe seguir éste en el cumplimiento de la función pública que le ha sido encomendada.

⁶⁸ Cita incluida en la providencia respecto de la cual se formula la presente aclaración de voto, según los siguientes términos: “Sentencia de 4 de noviembre de 2004, Consejo de Estado, Sección Tercera. Rad. AP-2305”.

“Por contera la vulneración a la moral administrativa no se colige de la apreciación individual y subjetiva del juez en relación con la conducta de quien ejerce función pública; tal inferencia, como lo ha concluido la Sala surge cuando se advierte la inobservancia grosera, arbitraria y alejada de todo fundamento legal, de las normas a las cuales debe atenerse el administrador en el cumplimiento de la función pública. Cabe agregar que la sola desatención de los trámites, procedimientos y reglamentos establecidos normativamente para el ejercicio de la función pública, en que el encargado de la misma incurra, no lleva a concluir automáticamente y sin fórmula de juicio, la vulneración al derecho colectivo a la moralidad administrativa; es necesario además, que de la conducta transgresora del ordenamiento establecido pueda predicarse antijuridicidad, entendido este elemento como la intención manifiesta del funcionario de vulnerar los deberes que debe observar en los procedimientos a su cargo.

“Así, se concluye que la moralidad administrativa está inescindiblemente vinculada al cumplimiento de las funciones que se establecen en la norma para el ejercicio de un cargo, porque es en el ordenamiento jurídico donde la actuación del encargado de la función pública encuentra su justificación frente a la colectividad y por ende está estrechamente relacionada con el principio de legalidad, cuya vulneración puede darse por extralimitación o por omisión de las autoridades públicas en el ejercicio de sus funciones (artículo 6 de la C.N.), comprometiendo la responsabilidad del agente causante de la vulneración, no sólo frente al Estado y los directamente afectados en un derecho subjetivo amparado en una norma, sino frente a la colectividad interesada en que se mantenga la moralidad administrativa, derecho cuyo disfrute no corresponde a un titular determinado y concreto sino a toda la comunidad.”

“Se evidencia entonces, que si bien el concepto de moralidad administrativa se subsume en el principio de legalidad, son conceptos diferentes, en tanto aquel concepto atañe a que de por medio se ventilen intereses diametralmente contrarios a la función administrativa.

“En síntesis, los cargos que se imputen en la demanda deben ser fundados en conductas que no solo se alejen de la ley, sino que deben ser acompañados de señalamientos de contenido subjetivo contrarios a los fines y principios de la administración como lo serían la deshonestidad o la corrupción, cargos que deben ser serios, fundados y soportados en medios probatorios allegados oportunamente al proceso, dado que cualquier imputación sobre inmoralidad administrativa en la que estén ausentes las acusaciones de tal aspecto, no tiene vocación de prosperidad”.

De los razonamientos y argumentaciones que se dejan reseñados y que la Sala ha adoptado como fundamento de las decisiones como aquella en relación con la cual aclaro mi voto, se desprenden, a mi juicio, al menos dos conclusiones en relación con las cuales debo expresar mi disenso.

- De un lado, como ya lo indiqué, si se circunscribiere al terreno eminentemente positivo el *derecho colectivo a la moralidad administrativa*, se estaría reduciendo en extremo su contenido y se le restaría toda utilidad a la consagración –sin duda novedosa-, de las acciones populares concebidas, por el Constituyente y por el legislador, para asegurar la protección y efectividad de dicho derecho colectivo, puesto que para alcanzar los fines que ahora anota la Sala como objetivo central del mismo, no habrían sido necesarias entonces tales consagraciones, puesto que para ello habría bastado mantener en el ordenamiento la ya conocidas y tradicionales acciones de nulidad, de nulidad y restablecimiento del derecho, de lesividad o relativas a controversias contractuales.

- De otro lado se tiene que, con los razonamientos que se dejan expuestos, al actor popular que pretenda obtener la protección del *derecho colectivo a la moralidad administrativa* –no para beneficio particular suyo sino para bien de toda la colectividad **en general** y de la Administración Pública en especial-, resultaría imponiéndosele una carga probatoria exagerada, no prevista en la Constitución Política ni en la ley, que excedería en mucho la carga probatoria que debe cumplir incluso el actor público que promueve una acción de nulidad, como quiera que, además de acreditar fehacientemente la ilegalidad de la decisión administrativa demandada –cuestión suficiente para que prospere la acción de nulidad-, se le exigiría aportar también pruebas que evidencien que los intereses, los propósitos o los fines perseguidos por la autoridad administrativa demandada habrían sido contrarios a los intereses, propósitos o fines que inspiran las normas en que tal autoridad debió apoyar su actuación.

Dicho de otra manera, según los pronunciamientos aludidos se estaría sosteniendo que para la prosperidad de una demanda formulada en ejercicio de la acción popular con miras a obtener la protección efectiva del *derecho colectivo a la moralidad administrativa*, el respectivo demandante, además de acreditar en cada caso la violación de una disposición legal, tendría que probar también la correspondiente *desviación de poder*.

A ello se agrega la contradicción que estaría envuelta en la exigencia encaminada a que además de la ilegalidad de la decisión demandada, el respectivo demandante deba probar también la antijuridicidad de la misma,

como si fuese posible identificar actuaciones ilegales pero ajustadas al ordenamiento jurídico.

Las anteriores anotaciones me obligan a considerar la necesidad de que el Consejo de Estado continúe avanzando y, si se me permite la expresión, continúe explorando acerca del alcance y la definición que corresponden al *derecho colectivo a la moralidad administrativa*, sobre la base de admitir que tanto la novedad de la consagración del referido derecho colectivo, como la complejidad de la materia que se encuentra en el trasfondo del mismo y que por siglos ha dado lugar a discusiones relevantes respecto de las relaciones existentes entre el *derecho*⁶⁹ y la *moral*⁷⁰, imposibilitan tener por agotado el tema.

Esa por ello que, para evitar errores de interpretación, estimo necesario que se precise que tanto el derecho colectivo a la *moralidad administrativa*, como el sentido y propósito de las acciones populares establecidas para asegurar su protección efectiva, no se limitan, en estricto sentido, a un examen de la situación a la luz del simple texto legal, que igual habría podido adelantarse mediante las acciones y procedimientos ordinarios consagrados para el efecto, si no que debe comprender también una relación de todos aquellos valores, principios y reglas que, teleológicamente, forman parte del propio ordenamiento vigente, en cuanto determinaron y justificaron la expedición de las normas en cuestión, al tiempo que sirven de complemento insustituible para alcanzar la recta inteligencia de las mismas y definir su verdadero alcance.

De hecho tanto el Constituyente como el propio legislador han insertado, en el ordenamiento positivo colombiano, de manera expresa, múltiples eventos⁷¹ en los

⁶⁹ Entendiendo por *Derecho*, de manera simple y comprensiva: “*El ordenamiento de la vida social, fundado en la justicia, con miras al bien común*”, según la noción consignada en: NOGUERA LABORDE, Rodrigo. “Conferencias de Introducción al Derecho”. Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 1978.

⁷⁰ Asumiendo que la *Moral* corresponde al *conjunto de valores o de reglas de contenido ético que orientan la conducta del hombre*, noción definida como “*la conducta del hombre basada en la libre determinación con respecto a la ley moral. Muchas veces se llama ethos la peculiaridad del modo de pensar ético propio de un pueblo, clase social, etc., determinada por el predominio de un valor*, según BRUGGER, Walter. Diccionario de Filosofía. Traducción de VELEZ CANTAREL, José María. Editorial Herder. Barcelona 1962

⁷¹ Entre los casos en los cuales la Constitución o la ley incorporan expresamente la *moral* como uno de sus elementos integradores y, a la vez, valores jurídicamente protegidos, se pueden relacionar los siguientes:

A.- CONSTITUCIÓN POLÍTICA:

- i).- En el artículo 34 se ordena la extinción del dominio de aquellos bienes que hubieren sido adquiridos “*con grave deterioro de la moral social*”;
- ii).- El artículo 67 define la educación como un derecho de la persona y un servicio público, a través de la cual se busca, entre otros fines, preservar y/o facilitar el acceso a los “*valores de la cultura*”. Además, al

cuales la *moral* constituye el objeto mismo de tutela jurídica o la medida para su procedencia, casos esos en los cuales la *moral* adquiere, entonces, exactamente el mismo *status* de la respectiva norma constitucional o legal y, por tanto, es evidente que en esos eventos participa, por igual y de idéntica manera, de su fuerza, de su validez, de su vigencia, de su protección y de su coercibilidad, cuestión que permite sostener que en todos esos casos los conceptos de *moral*, *moral pública* o *moral administrativa*, en realidad corresponden a nociones jurídicas.

Y en aplicación de estos criterios es claro que no se pueda pretender que la actividad judicial se cumpla sin que el juez efectúe consideraciones o exámenes acerca de los valores, los principios o las reglas que se encuentran en juego, como quiera que tanto la propia Administración de Justicia, como la estructura jurídica de nuestro Estado Social de Derecho, condensada en la Carta Política, se fundan en variados e importantes aspectos o conceptos de eminente contenido axiológico, como por ejemplo, entre muchos otros: *la vigencia de un orden justo; la prevalencia del interés general; la promoción de la prosperidad general; la convivencia pacífica; la dignidad de las personas; la soberanía popular; la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana; la inviolabilidad de la vida; la libertad; la igualdad; la paz; etc.*, por cuya realización deben propender todas las

asignarle al Estado la regulación y la suprema inspección y vigilancia de la educación le señala el fin de velar "*por la mejor formación moral*";

- iii).- En el artículo 88 se consagran las acciones populares cuyo objetivo es el de proteger los derechos e intereses colectivos, relacionados, entre otros, con "*la moral administrativa*";
- iv).- De conformidad con el artículo 182, los congresistas tienen la obligación de "*poner en conocimiento de la respectiva cámara las situaciones de carácter moral o económico que los inhiban para participar en el trámite de los asuntos sometidos a su consideración*";
- v).- En el artículo 209 se dispone que la función administrativa se desarrolle, entre otros, con fundamento en el Principios de "*moralidad*";
- vi).- El artículo 219, al determinar el carácter no deliberante de la fuerza pública, autoriza a sus integrantes a presentar peticiones que se relacionen, exclusivamente, con el servicio "*y la moralidad del respectivo cuerpo*".

B.- CODIGO CIVIL:

- i).- Según el artículo 13, la costumbre constituye derecho si es general y si, además, es "*conforme con la moral cristiana*";
- ii).- En el artículo 472, la ley autoriza excluir del inventario que en cada caso deben realizar los curadores o los tutores al asumir sus cargos, los bienes u objetos "*que sea necesario destruir con algún fin moral*";
- iii).- El artículo 627 consagra como causal de remoción de los tutores o de los guardadores "*la conducta inmoral de que pueda resultar daño a las costumbres del pupilo*";
- iv).- De conformidad con el artículo 1518, cuando el objeto de una declaración de voluntad es un hecho, para que sea válido "*es necesario que sea física y moralmente posible. Es físicamente imposible el que es contrario a la naturaleza, y moralmente imposible el prohibido por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público*";
- v).- El artículo 1532 determina que toda condición "*debe ser física y moralmente posible*", al tiempo que añade que será "*moralmente imposible, la que consiste en un hecho prohibido por las leyes, o es opuesta a las buenas costumbres o al orden público*".
- vi).- En el artículo 1537 se dispone tener por fallidas las condiciones "*inductivas a hechos ilegales o inmorales*".

C.- LEY 472 DE 1998: La letra b) del artículo 4 define expresamente como un derecho e interés colectivo "*la moral administrativa*".

autoridades de la República dentro del marco de sus funciones, cuestión que incluye a los jueces, claro está.

Así las cosas, cabría señalar que si bien corresponderá al demandante probar la ilegalidad de la actuación administrativa que se cuestiona en la acción popular –a través de cualesquiera de los elementos que integran la misma-, ello no exonerará al juez competente del deber de analizar tanto la conducta de la respectiva autoridad, cuando de los argumentos de la demanda y de las pruebas recaudadas a lo largo del proceso advierta algún riesgo frente a este derecho colectivo, como también de auscultar e identificar los valores, principios y reglas que constituyen el sustrato mismo o la finalidad de las normas cuya inobservancia, respecto de alguno de sus elementos integradores, se alega.

En esta misma línea de razonamiento y agregando precisiones de gran importancia práctica, en relación con las funciones atribuidas a la Administración de Justicia, la Corte Constitucional ha señalado que incluso al Juez Constitucional le corresponde indagar por el sustrato moral de las normas jurídicas sometidas a su examen, según aparece en la Sentencia C-404 de 1998, que en lo pertinente dice:

“5. Ahora bien, la cuestión central que se debate reside en determinar si el juez constitucional debe permanecer absolutamente marginado de las razones morales que explican o justifican la existencia de determinadas normas legales.

“A juicio de la Corte, la adecuación del orden jurídico a los mandatos constitucionales no es verdaderamente posible sin atender a las condiciones sociales - dentro de las que ocupa un lugar destacado la moral positiva - en las que pretende operar el ordenamiento. Suponer que no existe ninguna relación jurídicamente relevante entre las convicciones morales imperantes en la comunidad y las disposiciones jurídicas - legales o constitucionales - es incurrir en la falacia teórica que originó una de las más agudas crisis del modelo liberal clásico y que desembocó en el nuevo concepto del constitucionalismo social. Justamente, como respuesta a dicha crisis, nadie en la actualidad exige al juez constitucional que actúe bajo el supuesto del individualismo abstracto y que aparte de su reflexión toda referencia al sistema cultural, social, económico o moral que impera en la comunidad a la cual se dirige. En este sentido, puede afirmarse que el reconocimiento de los principios de moral pública vigentes en la sociedad, no sólo no perturba sino que enriquece la reflexión judicial. En efecto, tal como será estudiado adelante, indagar por el sustrato moral de una determinada norma jurídica puede resultar útil y a veces imprescindible para formular una adecuada motivación judicial.

En consecuencia, al aplicar la ley, el juez no podría limitarse a examinarla y entenderla en su contenido puramente literal –sistema de interpretación que en múltiples oportunidades resulta insuficiente-, puesto que ello reflejaría una concepción muy restringida del concepto de legalidad, sino que, por el contrario, deberá indagar por todos aquellos valores, principios y reglas que constituyen su verdadero sustrato o reflejan su finalidad, con el fin de ubicarla correctamente en el contexto que le corresponde, cuyo marco se encuentra delimitado o, mejor aun, ampliado, por el conjunto axiológico que en muchos casos es incorporado de manera expresa por las normas constitucionales y que, en otros, sin perder su carácter supremo, corresponden a valores, principios y reglas que sirven de orientación, soporte o complemento a la propia Carta Política.

Esa directriz para el juez cobrará mayor significado cuando se trate de proteger o de tutelar el derecho colectivo a la *moralidad administrativa*, puesto que la misma sirve para articular de manera adecuada la tarea que en estos casos le ha sido asignada al juez, la cual, por esencia, siempre debe ser de índole jurídica y ha de cumplirse en el plano de la legalidad, pero deberá cumplirse en relación con un concepto que sólo en apariencia resulta ‘meta’ o ‘extra’ jurídico, puesto que, en realidad, se encuentra integrado por todos aquellos valores, principios y reglas que sirven de fundamento a la misma ley y que, incluso, forman parte de ella de manera inescindible, abriendo paso así a una concepción integral, ampliada o teleológica de la legalidad.

Sin perjuicio de reconocer y admitir –no obstante la dinámica interrelación que permanentemente se presenta entre el *derecho* y la *moral* y de los múltiples puntos de contacto que unen a esos conceptos-, que entre la moral y la legalidad existen importantes diferencias⁷², resulta preciso señalar que para efectos de

⁷² Si bien en la actualidad ya cumplen muchos siglos las presentaciones –junto con las discusiones que las mismas suscitan-, acerca de las muy variadas relaciones, ora de similitud ora de diferenciación, que recurrentemente se exponen acerca del *derecho* y la *moral*, sin necesidad de efectuar lo que sería un interminable recuento de los desarrollos doctrinales elaborados al respecto, resulta pertinente y oportuno traer a colación la síntesis que de dicha materia ha realizado la Corte Constitucional, en recientes pronunciamientos que, además, tienen la virtud de hacer referencia concreta al ordenamiento colombiano.

Así, en la Sentencia C-224 de mayo 5 de 1994, al describir tanto algunos de los aspectos que resultan comunes a la *moral* y al *derecho*, como algunos de aquellos elementos que evidencian las diferencias existentes entre tales categorías, la Corte Constitucional, con apoyo en importantes doctrinantes extranjeros, concluye acerca de los inescindibles vínculos que existen entre esos conceptos y que, además, evidencian la permanente comunicación y recíproca fundamentación que constante y dinámicamente se da entre los mismos, sin que por ello pueda inferirse que el campo de la moral se encuentre reducido al terreno de la mera legalidad positiva, todo según la transcripción que a continuación se realiza *in extenso*:

“Segunda.- La moral y el derecho

garantizar y asegurar la efectividad del derecho colectivo a la moralidad administrativa, el juez popular no requerirá abandonar el aludido terreno de la legalidad –para adentrarse en el campo de la moral, corriendo el riesgo de fallar cada asunto de manera subjetiva, según sus propias y personalísimas convicciones de índole moral-, como quiera que el propio concepto de legalidad –entendido de manera integral-, involucra tantos, tan importantes y tan variados valores, principios y reglas, algunos incorporados expresamente a través normas positivas y muchos otros como sustrato o finalidad de aquellas y, en todo caso, como parte esencial de las mismas, que para lograr ese propósito bastará con que en cada caso concreto se examine la respectiva gestión de la Administración Pública –la cual puede manifestarse a través de hechos, omisiones, actos, abstenciones, contratos, etc.-, a la luz de ese conjunto de valores, principios y reglas que conforman o sustentan las disposiciones constitucionales, legales o reglamentarias que autorizan, asignan o prevén el cumplimiento de las funciones o de las actuaciones a cargo de la correspondiente autoridad administrativa.

Naturalmente corresponderá al juez, a partir de los elementos probatorios que se alleguen a cada proceso –en cuyo acopio estará llamada a jugar un papel determinante la facultad-deber que le ha sido conferida para que actúe de manera oficiosa en el curso de las acciones populares-, junto con los argumentos que exponga cada sujeto procesal, le corresponderá al juez –se repite-, realizar la evaluación a que haya lugar para concluir si la respectiva gestión administrativa resulta ajustada, o no, a ese haz de valores, de principios y de reglas que, en últimas, conforman la **moralidad administrativa** y que en veces resultará posible encontrar en el texto mismo, en el sustrato o en la finalidad de las normas jurídicas aplicables a cada caso.

“La moral y el derecho son sistemas de normas cuyo destino es la regulación de la conducta del hombre. Aquí radica la similitud entre los dos.

*“Pero entre ellos existen diferencias que la filosofía jurídica contemporánea señala: **la moral es unilateral**, en tanto que **el derecho es bilateral**; **la moral gobierna el ámbito interno**, y **el derecho es externo**; **la coercibilidad**, es decir, la posibilidad de hacerlo cumplir mediante la fuerza, **es propia del derecho**, y **falta**, por el contrario, **en la moral**. Kelsen afirma que la coacción es un elemento esencial del derecho y al señalar las diferencias entre éste y la moral, dice: “La ciencia del derecho ha tomado en préstamo de la filosofía moral la noción de obligación, pero entre una obligación jurídica y una obligación moral hay la misma diferencia que entre el derecho y la moral. El orden social que denominamos moral está compuesto por normas que prescriben o permiten una conducta determinada, pero no estatuyen actos coactivos destinados a sancionar la conducta contraria ... Por el contrario, no hay obligación jurídica de conducirse de una manera determinada sino en el caso de que una norma jurídica estatuya un acto coactivo para sancionar la conducta contraria. Un individuo está jurídicamente obligado a ejecutar un contrato cuando el incumplimiento de este contrato es la condición de un acto coactivo”. (“Teoría pura del derecho”, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1983, págs. 79 y 81).*

3.- LA NOCIÓN DE PATRIMONIO PÚBLICO, COMO NÚCLEO DEL RESPECTIVO DERECHO COLECTIVO.

Dentro de la Sentencia citada en la referencia y con base en pronunciamientos previos emanados del mismo Consejo de Estado, la Sala al hacer referencia al contenido y alcance del *patrimonio público*, al parecer lo ha identificado, de manera casi exclusiva, con aquellos bienes susceptibles de **propiedad estatal** a lo cual, pero dentro de la misma perspectiva, parece añadirle también derechos y obligaciones del propio Estado, de conformidad con el siguiente texto:

“Por otra parte, la Sala se ha ocupado de señalar que:

“Se ha entendido que el concepto de patrimonio público cobija la totalidad de bienes, derechos y obligaciones, que son propiedad del Estado y que se emplean para el cumplimiento de sus atribuciones de conformidad con el ordenamiento normativo⁷³. La defensa del patrimonio público, conlleva a que los recursos del Estado sean administrados de manera eficiente, oportuna y responsable, de acuerdo con las normas presupuestales, evitando con ello el detrimento patrimonial. (... ..)”. (Se ha subrayado).

“.....

“El concepto de patrimonio público es un concepto genérico que involucra todos los bienes del Estado, y que comprende en ellos los de todas sus entidades, a nivel central, o descentralizado territorialmente o por servicios. (... ..)”⁷⁴.

En mi opinión, una noción como la señalada restringe sin razón el alcance que corresponde al concepto de *patrimonio público*, incorporado en el artículo 4 de la Ley 472, como quiera que al hacer referencia únicamente a los bienes, derechos y obligaciones que constituyen el objeto mismo de la propiedad estatal, se estarían excluyendo de su alcance los bienes –materiales e inmateriales-, derechos e intereses que no sean susceptibles de propiedad por parte del Estado, aunque él mismo sea el ‘sujeto’ llamado –a título distinto de propiedad-, a utilizarlos, usarlos, usufructuarlos, explotarlos, concederlos, defenderlos, etc.

⁷³ Cita incluida en el fallo al que se refiere la presente aclaración de voto, así: “Sentencia de la Sección Cuarta del 31 de mayo de 2002, exp. 25000-23-24-000-1999-9001-01”.

⁷⁴ Nota a pie de página incorporada dentro del texto transcrito: “Sentencia de 4 de noviembre de 2004, Consejo de Estado, Sección Tercera. Rad. AP-2305”.

Tal es el caso del territorio nacional –del cual forman parte, entre otros, el mar territorial, la zona contigua, la plataforma continental, el espacio aéreo, el segmento de la órbita geostacionaria-, respecto del cual en la doctrina del Derecho Internacional se ha admitido la titularidad de un ‘dominio eminente’ por parte del Estado, sin que dicha noción corresponda o pueda confundirse con la de propiedad.

Según el razonamiento de la Sala, también quedarían por fuera de la noción de *patrimonio público* aquellos bienes –materiales e inmateriales-, derechos e intereses generales de la colectividad, respecto de los cuales el Estado no aparece ni puede aparecer como su propietario, tal como sucede, por ejemplo, con el patrimonio histórico o cultural de la Nación colombiana o con el ambiente sano a cuyo goce tiene derecho la colectividad el cual, por tanto, forma parte de su respectivo patrimonio.

Es por ello que estimo que a la noción de *patrimonio público*, en cuanto integradora de un derecho atribuido a la colectividad, debe reconocérsele el alcance amplio que le atribuyó la ley, sin limitación alguna, dentro del cual se encuentran incorporados tanto los bienes, derechos e intereses de los cuales sea titular el Estado o las entidades que lo conforman, como el conjunto de bienes, derechos e intereses de la colectividad en general, lo cual no significa ni puede significar, en modo alguno, que los derechos que tienen identidad propia y que como tales constituyen objeto de tutela jurídica, pierdan dicha individualidad por el sólo hecho de integrar también el *patrimonio público*.

En los anteriores términos dejo expuestas las razones por las cuales consideré necesario aclarar el voto con el cual apoyé la decisión proferida mediante la Sentencia citada en la referencia.

Respetuosamente,

Fecha *ut supra*,

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ