

SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS - Estado social de derecho / ESTADO SOCIAL DE DERECHO - Servicios públicos domiciliarios / PRINCIPIO DE IGUALDAD MATERIAL - Servicios públicos domiciliarios / PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD TARIFARIA - Servicios públicos domiciliarios / SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS - Principio de solidaridad tarifaria

Por ser los servicios públicos domiciliarios inherentes a la finalidad social del Estado (Arts. 1° y 365 Constitucionales), en tanto contribuyen al mejoramiento de la calidad de vida de los asociados, en los términos de los artículos 2° y 366 de la Carta, su prestación constituye la concreción material y efectiva de la cláusula del Estado Social de Derecho. Esta cláusula se funda en el respeto al postulado de la dignidad humana -valor supremo de toda Constitución que se afirme democrática- y está erigida a partir de la búsqueda de la igualdad material, esto es, a partir del supuesto conforme al cual, el Estado debe promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva (inc. 2° del art. 13 superior). Bajo esta perspectiva se diseñó, desde el nivel constitucional, el nuevo esquema jurídico de prestación de los servicios públicos que, aunque supera la asimilación con la noción de función pública, no deja todo al libre juego del mercado, sino que reconoce al Estado un importante papel en la dirección de la economía, que exige no sólo la regulación y el control, como expresiones distintivas de las funciones de policía administrativa a él asignadas (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 que no puede subordinarse a otros previstos en la ley.

FF: CONSTITUCION POLITICA ARTICULOS 1, 2, 150-8, 189-22, 365, 366, 370, ARTICULO 13 SUPERIOR INCISO 2

SUBSIDIOS - Servicios públicos domiciliarios / SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS - Subsidios / AUXILIOS - Excepción a la prohibición. Servicios públicos domiciliarios / DONACIONES - Excepción a la prohibición. Servicios públicos domiciliarios

Ahora, si bien 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 superior 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 -que se inscribe en las finalidades sociales del Estado- 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 artículo 89.8 de la ley 142. Este mandato constitucional debe armonizarse con otros dos preceptos constitucionales: el contenido en el artículo 365, según el 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 constituyen 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. Nota de Relatoría: Ver Sentencia C-566 de 1.995 MP Eduardo Cifuentes; en el mismo sentido, Sentencia C-086 de 1.998 de la Corte Constitucional

FF: CONSTITUCION POLITICA ARTICULOS 355, 368

SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS - Competencia / SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS - Responsabilidad / SUBSIDIOS - Otorgamiento. Competencia funcional / SUBSIDIOS EN SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS - Competencia. Responsabilidad / SUBSIDIOS EN SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS - Entidades públicas. Obligación

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”. 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, 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. De la norma constitucional en mención (el inciso 2º del artículo supremo 366) 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 “del 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”. 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.

FF: CONSTITUCION POLITICA ARTICULO 365 INCISO 1, 366, 367, 368

SUBSIDIOS - Servicios públicos domiciliarios. Obligación / SUBSIDIOS EN SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS - Obligación a cargo de los presupuestos públicos / SUBSIDIOS PARA LA PRESTACION EFICIENTE DE LOS SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS - Finalidad. Responsabilidad / FONDO DE SOLIDARIDAD Y REDISTRIBUCION DEL INGRESO DEL ORDEN NACIONAL - Constitución / FONDO DE SOLIDARIDAD Y REDISTRIBUCION DEL INGRESO - Prestación de los servicios públicos domiciliarios de acueducto o de agua potable, de alcantarillado y aseo o saneamiento básico / FONDO DE SOLIDARIDAD Y REDISTRIBUCION DEL INGRESO - Prestación 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

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. Sólo en la medida en que ese deber sea efectivamente atendido y satisfecho, 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. Así las cosas, aunque 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, cabe señalar que a La Nación también le corresponde interesarse en la apropiación de recursos presupuestales para esos fines y deberes. Así como los departamentos, distritos y municipios se encuentran en el deber de asumir 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, también le corresponde a la Nación la responsabilidad y el deber 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. Nota de Relatoría: Ver Sentencia C-566 de noviembre 30 de 1995. Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz y Sentencia C-237 de mayo 20 de 1997. Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz de la Sala Plena de la Corte Constitucional

GASTO PUBLICO SOCIAL - Subsidios / SUBSIDIOS - Gasto público social / SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS - Prelación. Servicios públicos de agua potable y saneamiento básico / SERVICIO DE AGUA POTABLE - Prelación. Derecho a la vida / SERVICIO DE SANEAMIENTO BÁSICO - Prelación. Derecho a la 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. Es por ello 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.

FF: LEY 142 DE 1994 ARTICULOS 89.8, 99. 9 CONSTITUCION POLITICA ARTICULOS 366; LEY 632 ARTICULO 7

REGIMEN TARIFARIO - Servicios públicos domiciliarios. Solidaridad y redistribución / SUBSIDIOS - Solidaridad y redistribución

Del diseño constitucional y legal expuesto, se concluye que, como expresión del Estado Social de Derecho consagrado en la Carta Política, los servicios públicos, en general, resultan inherentes a los fines del Estado y los servicios públicos domiciliarios, en particular, gozan de un régimen tarifario que, fundado en los criterios de solidaridad y redistribución, prevé un sistema de subsidios para que las personas de menores ingresos puedan cubrir sus necesidades básicas, subsidios cuyo otorgamiento, por expreso mandato constitucional, está conjuntamente atribuido tanto a la Nación como a los departamentos, distritos, municipios y entidades descentralizadas, es decir, no se asignó de manera exclusiva un determinado servicio a ninguna de aquellas entidades, sino que, por el contrario, todas las entidades mencionadas deben concurrir en los subsidios de todos los servicios, pues, se insiste, lo importante es privilegiar el aspecto teleológico que justifica, fundamenta y legitima al Estado.

FONDO DE SOLIDARIDAD Y REDISTRIBUCION DEL INGRESO - Finalidad / SUBSIDIOS - Aportes / SOLIDARIDAD TARIFARIA - Subsidios

Para llegar a los niveles máximos de subsidios, previstos en el artículo 99.6 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, como se dijo en el punto anterior, por la Nación, los departamentos, los distritos, los municipios y las entidades descentralizadas. La Ley 142 de 1.994 desarrolló el criterio de solidaridad tarifaria mediante el mecanismo de 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". Sin embargo, éste no fue concebido como el único instrumento de ayuda a la financiación de los usuarios de menores recursos. En efecto, la 'solidaridad tarifaria', también se manifiesta en una política legislativa de concesión material de subsidios a los usuarios de menores ingresos, que supone el efectivo apoyo estatal a través de sus distintos niveles territoriales vía presupuesto ("subsidio tarifario directo"), de modo que no depende 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 complejo que busca otras fuentes complementarias para su financiación, mediante la creación y efectivo funcionamiento de los Fondos de Solidaridad y Redistribución de Ingresos. Nota de Relatoría: Ver Sentencia C-252 de 1997, MP Eduardo Cifuentes; Sentencia C-086 de 1998, MP Jorge Arango; Sentencia C-566 de 1.995, MP Eduardo Cifuentes de la Corte Constitucional

SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS - Intervención del estado / INTERVENCION DEL ESTADO - Servicios públicos domiciliarios / FONDO DE

SOLIDARIDAD Y REDISTRIBUCION DEL INGRESO - Canalización de recursos de subsidios

Dentro de los fines por los cuales el Estado interviene en los servicios públicos domiciliarios, se encuentran: 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. De conformidad con el diseño legal, el otorgamiento de subsidios no puede llevarse a cabo si no se canalizan los correspondientes recursos presupuestales a través de cuentas especiales, esto es, se impone para el efecto la creación de los Fondos de Solidaridad. 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, sino que debe complementarse con la creación y puesta en funcionamiento de los Fondos de Solidaridad. En tal virtud, cuando el municipio decide cumplir con la obligación legal de crear el FSRI, si el sobreprecio que deben pagar los estratos altos e industriales y comerciales genera superávit, éste debe transferirse a la cuenta especial e implica, a la vez, que las autoridades simultáneamente deben cumplir el mandato legal previsto en el artículo 89.8 de la Ley 142, esto es, que en el evento en que los aportes solidarios no sean suficientes para cubrir la totalidad de los subsidios necesarios para el consumo básico, la diferencia debe ser cubierta con otros recursos de los presupuestos de las entidades del orden nacional, departamental, distrital o municipal. Nota de Relatoría: Ver concepto de abril 11 del 2002, Radicación No. 1409, C.P. Susana Montes de Echeverri.

SUBSIDIOS - Fuentes / FONDOS DE SOLIDARIDAD Y REDISTRIBUCION DEL INGRESO - Presupuesto de las Entidades Públicas / FONDO DE SOLIDARIDAD Y REDISTRIBUCION DEL INGRESO - Faltante / FONDO DE SOLIDARIDAD Y REDISTRIBUCION DEL INGRESO - Comité de control y vigilancia / COMITE DEL CONTROL Y VIGILANCIA DEL FSRI - Falta. No vulnera derechos colectivos

Los subsidios no solamente tienen por fuente la denominada “contribución de solidaridad” que, como sobreprecio, deben pagar los estratos altos e industriales y comerciales, sino que el diseño normativo prevé una amplia gama de fuentes que forman parte ordinaria de los recursos presupuestales. Con la simple creación de los FSRI no se agota el cometido estatal, sino que se han de apropiar recursos, en los respectivos presupuestos de la Nación, los departamentos, los distritos, los municipios y las entidades descentralizadas, con destino a otorgar subsidios para asegurar y/o lograr la prestación real, efectiva y eficiente de los servicios públicos domiciliarios a los habitantes del país, en especial a aquellos que forman parte de la población más pobre y vulnerable. 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 nacional, departamental, distrital o municipal. De otra parte, 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. Estos comités de vigilancia, que el actor popular pide que 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 1.429 de 1.995. La falta de integración del Comité de Control y Vigilancia del FSRI no vulnera ninguna norma legal, ni comporta per se automática y necesariamente la violación de un derecho o interés colectivo.

ACCION POPULAR - Ejercicio abusivo del derecho / EJERCICIO ABUSIVO DEL DERECHO - Acción popular

No puede pasar por alto la Sala, el hecho de que ante esta jurisdicción han cursado múltiples acciones populares entabladas por la persona que obra como actor en el presente caso y en todas ellas el formato de la demanda y, en general, de los escritos que el actor aporta al proceso resultan idénticos, salvo en lo que al nombre del respectivo municipio corresponde, lo que evidentemente comporta un ejercicio abusivo del derecho de acceso a la Administración de Justicia, que desde luego tiene incidencia en las deficiencias probatorias que se observan.

ACCION POPULAR - Generalidades / ACCION POPULAR - Naturaleza / ACCION POPULAR - Características / ACCION POPULAR - Titularidad / ACCION POPULAR - Finalidad / ACCION POPULAR - Acción principal

La Acción Popular, considerada como una acción constitucional, ha sido instituida como una vía adicional para el ejercicio efectivo del control judicial de la actividad de la Administración Pública y, por tanto, su objeto lejos de resultar extraño al que la Constitución y la ley han señalado de manera general a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, encuadra dentro del mismo. Por tal razón resulta elemental que a esta Jurisdicción especializada se atribuya el conocimiento de aquellas acciones populares que tengan origen en la actividad de las entidades públicas y de los particulares que desempeñen funciones administrativas. Dentro de las características principales de esta acción, destacan las siguientes: Es una acción pública, esto es, como mecanismo propio de la democracia participativa, puede ser ejercida por “toda persona” y además, para afianzar un sistema de control social, se señalan expresamente como titulares de esta acción las organizaciones no gubernamentales, las entidades públicas de control, el Procurador General, el Defensor del Pueblo, los Personeros y los servidores públicos. Tiene como finalidad única la protección de los derechos e intereses colectivos. Es una acción principal, carácter que, de una parte, la dota de autonomía e identidad propias y resulta especialmente importante en tanto no permite que el juez eluda pronunciamiento de fondo alegando la existencia de otro mecanismo de defensa judicial y, de otra parte, permite su compatibilidad con otras acciones. La acción popular se rige por la prevalencia del derecho sustancial y el principio iura novit curia. La acción popular se puede ejercer tanto para evitar daño contingente, para hacer cesar el peligro o la amenaza a un derecho colectivo, o para hacer cesar la vulneración sobre él. No obstante lo anterior, ha de precisarse que esta acción no ha sido instituida como mecanismo de control judicial de las leyes, en consecuencia, cuando con fundamento en la eventual violación o amenaza a un derecho o interés colectivo se pretenda impugnar una ley o que se imparta una orden al legislador, habrá de acudir a las acciones pertinentes. Nota de Relatoría: Ver Auto del 14 de marzo de 2002, Actor: Dinier

Sandoval Cardona, Demandado: Alcaldía municipal de Soledad; Sentencia AP-166 del 17 de junio de 2001, Actor: Manuel Jesús Bravo; Sentencia del 6 de Julio de 2.006, Referencia 250002327000 2005 01725 01 (Ap), Actor: Efraín Barbosa Rojas, Demandado: Presidencia de la República
FF: LEY 472 DE 1998 ARTICULO 15; CONSTITUCION POLITICA ARTICULO 88

MORALIDAD ADMINISTRATIVA - Generalidades / PRINCIPIO DE LA MORALIDAD ADMINISTRATIVA - Alcance

La Sala ha reconocido que la moralidad administrativa es un principio constitucional cuya aplicación, por parte del juez, supone un especial método de interpretación que permita garantizar, de una manera eficaz, la vinculación directa de la función administrativa con el valor de los principios generales proclamados por la Constitución. Se trata de una tarea compleja y difícil, en tanto requiere de la aplicación directa de dichos principios, cuyo contenido, por esencia, es imposible de definir a priori, pues de hacerlo se correrá el riesgo de quedarse en un nivel tan general que cada persona hubiera podido entender algo distinto y dar soluciones diversas. La moralidad administrativa, como todos los principios constitucionales, informa una determinada institución jurídica; por esta razón, para definir su contenido en un caso concreto es necesario remitirse a la regulación de esta última. De lo dicho se infiere que los principios constitucionales y las instituciones jurídicas se sirven los unos a los otros, dado que aquellos constituyen la fuente de regulación de éstas y la definición del contenido de estas últimas implica regresar a dicha regulación. Esta Sala, teniendo en cuenta la textura abierta del principio de moralidad administrativa y con la finalidad de lograr su aplicación, esbozó una solución que propone la concreción del mismo mediante ejemplos, de manera que dicha concreción se convierte en el elemento que proporciona al principio un alcance determinado en cada caso. En ese sentido cabe agregar que el derecho colectivo a la moralidad administrativa no se limita a un examen de la situación a la luz del simple texto legal, sino 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 su verdadero alcance. Naturalmente corresponderá al juez, a partir de los elementos probatorios que se alleguen a cada proceso -en cuyo acopio está 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 resulta posible encontrar en el texto mismo, en el sustrato o en la finalidad de las normas jurídicas aplicables a cada caso. Nota de Relatoría: Ver Exps. AP-170 de 2001, AP-166 de 2001 y AP-0787 de 2002 y AP-720 de 2 de junio de 2005

PATRIMONIO PUBLICO - Alcance / PATRIMONIO PUBLICO - Concepto

Aprovecha la Sala esta oportunidad para señalar que el alcance de la noción de patrimonio público, prevista en el artículo 4 de la Ley 472, naturalmente incluye los

bienes inmateriales y los derechos e intereses que no son susceptibles de propiedad por parte del Estado, pues existen eventos en que él mismo es el 'sujeto' llamado -a un título distinto de propiedad-, a utilizarlos, usarlos, usufructuarlos, explotarlos, concederlos y, principalmente, a defenderlos. 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. Igual criterio puede adoptarse en relación con el patrimonio histórico o cultural de la Nación colombiana a cuyo goce tiene derecho la colectividad y que, por tratarse de un derecho general que hace parte del patrimonio de la comunidad, puede ser susceptible de protección mediante las acciones populares, sin que necesariamente, respecto de los mismos, pueda consolidarse propiedad alguna por parte del Estado o de sus diversas entidades. Es por ello que al concepto de patrimonio público, en cuanto integrador de un derecho cuya titularidad corresponde a la colectividad, debe reconocérsele el alcance amplio que legalmente le corresponde, sin limitación alguna, incorporando en él 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 los cuales es titular la colectividad en general, lo cual no significa, en modo alguno, que los derechos que tienen identidad propia y que como tales constituyen objeto de tutela jurídica vayan a perder su individualidad y su posibilidad de ser protegidos de manera autónoma, por la sola consideración de formar parte integrante de aquél.

FF: LEY 472 DE 1998 ARTICULO 4

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ

Bogotá, D. C., veintiuno (21) de febrero de dos mil siete (2007)

Radicación número: 25000-23-25-000-2004-00413-01(AP)

Actor: JOSE OMAR CORTES QUIJANO

Demandado: MUNICIPIO DE TIBACUY

Referencia: ACCION POPULAR - APELACION DE SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia proferida por la Sección Segunda, Subsección A del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 3 de noviembre de 2005, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

A través de escrito presentado ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 1° de marzo de 2.004, (Fls. 1-6 cdno. 1) el señor José Omar Cortés Quijano interpuso Acción Popular contra el Municipio de Tibacuy (Cundinamarca), 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' y la no integración del Comité de Control y Vigilancia respectivo, tal como lo ordena el artículo 89 de la ley 142 de 1.994.

Solicitó el actor que se accediera a las siguientes pretensiones:

“PRIMERO: Se declare que el Alcalde de Tibacuy, ha violado los derechos colectivos consagrados en los Artículos 1, 2, 334, 336, 365, 366, 367, 368, 369, 370 de la Constitución Nacional 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 como primera autoridad civil, política y administrativa al sustraerse a hacer activo, real y efectivo el funcionamiento del “Fondo de Solidaridad y Redistribución Social de Ingresos” y del Comité de Control y Vigilancia del “Fondo de Solidaridad y Redistribución Social de Ingresos” del Municipio de Tibacuy.

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

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

B. La creación e integración y funcionamiento inmediato del Comité de Control y Vigilancia del “Fondo de Solidaridad y Redistribución Social de Ingresos” 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 Tibacuy, permiten (sic) 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 Tibacuy 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” en el Municipio de Tibacuy.

D. Pedirles inmediatamente a las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios que funcionan en el Municipio de Tibacuy presentarle 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 Tibacuy presentarle 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 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, en el registro público de acciones populares y de grupo.”

2. Hechos

El actor sostuvo que el Concejo de Tibacuy, de acuerdo con lo previsto en el artículo 89 de la ley 142 de 1.994, está en la obligación de expedir el respectivo

acuerdo municipal creando el “*Fondo de Solidaridad y Redistribución Social de Ingresos*”, que tiene como finalidad garantizar la correcta asignación de los subsidios para servicios públicos domiciliarios a los estratos 1, 2 y eventualmente 3, así como el respectivo 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.

Afirmó que el alcalde de Tibacuy no ha realizado los estudios correspondientes para la ejecución del ‘*Fondo de Solidaridad y Redistribución Social de Ingresos*’ y tampoco ha requerido a las empresas prestadoras de servicios públicos para que informen sobre el manejo que han 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 y a los derechos colectivos consistentes en el acceso a los servicios públicos y el acceso a una infraestructura que garantice la salubridad pública.

Consideró el actor que la constitución real y efectiva del “*Fondo de Solidaridad y Redistribución de Ingresos*” y el pleno funcionamiento del Comité de Control y Vigilancia de dicho fondo, garantizan el acceso a los servicios públicos domiciliarios y el adecuado otorgamiento de los subsidios.

3. Oposición del demandado

Mediante auto del 4 de marzo de 2004, el Tribunal admitió la demanda y ordenó notificar al alcalde del Municipio de Tibacuy, al agente del Ministerio Público y a la Defensoría del Pueblo (fls. 10 a 11 C. 1).

El alcalde del municipio de Tibacuy, a quien se notificó personalmente el auto anterior el día 6 de julio de 2004 (fl. 27 C. 1), contestó oportunamente la demanda, (Fls. 28-34 cdno. 1) afirmando que en dicho municipio ya había sido creado el

Fondo de Solidaridad y Redistribución Social y el Comité de Vigilancia y Control, mediante el acuerdo municipal No. 8 de 2.004.

Expuso que el municipio de Tibacuy *“ha financiado, promovido y apoyado a los ciudadanos de los estratos 1 y 2”* y que *“de las 1.321 familias solo 243 familias pagan servicio de agua en la cabecera municipal, siendo el costo más elevado de \$4.000, lo que nos indica que no solo se subsidia la población, sino que se costea el servicio de agua con los pocos recursos del municipio...”*

Sostuvo que son las propias comunidades las que manejan los ingresos por concepto del servicio de agua, lo cual les permite *“asignar la tarifas más bajas que se puedan conocer, hasta el punto que el 60% no pagan este servicio”*.

Sostuvo que el Comité del Fondo de Solidaridad Social efectivamente funciona *“como elemento fiscalizador siempre buscando la participación ciudadana”*.

Indicó que el actor se fundamentó en un esquema general *“y ni siquiera se tuvo la delicadeza de adaptarlo a la situación real del municipio”*.

4. Actuación procesal

A la audiencia especial, realizada el 14 de septiembre de 2004, asistieron las partes, la Defensoría del Pueblo y el Ministerio Público, sin que se llegara a acuerdo alguno, razón por la cual se declaró fallida en los términos del artículo 27 de la Ley 472 de 1998 (fls.57 a 59 del C. 1).

Mediante providencia de 7 de octubre de 2.004 se abrió el proceso a pruebas (fl. 65 C. 1) y, por auto de 30 de junio de 2.005, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión (fl. 103 C. 1).

La representante de la Defensoría del Pueblo (Fls. 104-107 C.1) afirmó que se aportó al expediente tanto el Acuerdo 008 del 19 de mayo de 2.004, por medio del cual el Concejo municipal de Tibacuy creó el Fondo de Solidaridad, como el acta de conformación del Comité de Desarrollo; sin embargo, más adelante agrega que el municipio demandado *“no presentó prueba contundente del cumplimiento de la creación y puesta en funcionamiento del Fondo de Solidaridad”*.

Por su parte, el agente del Ministerio Público (Fls 109-113 C.1) señaló que *“no se encuentra en el expediente prueba que demuestre que el Alcalde y el concejo Municipal hubieran tomado las medidas para apropiar y ejecutar los recursos para subsidiar los consumos básicos”*.

Las partes guardaron silencio.

5. La providencia impugnada

Mediante sentencia de 3 de noviembre de 2005 (Fls. 120-145 C. 3) el Tribunal Administrativo de Cundinamarca 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, puesto que no se probó el incumplimiento del municipio demandado.

En efecto, el *a quo* encontró acreditada la creación del Fondo de Solidaridad, con el Acuerdo No. 008 de 2.004, expedido por el Concejo de Tibacuy. Igualmente destacó que en el artículo 18 del mencionado acuerdo se dispuso la conformación del respectivo Comité de Vigilancia.

Para el Tribunal, al no existir estratos 5 y 6 ni empresa de servicios públicos en el municipio demandado, se hace imposible el funcionamiento efectivo del Comité y el cumplimiento de las transferencias establecidas en la ley.

6. La impugnación

La representante de la Defensoría del Pueblo interpuso recurso de apelación (Fl. 146 C.3), pero por falta de sustentación, en la oportunidad procesal correspondiente, fue declarado desierto (Fls. 168-169 C.3).

Por su parte, el actor interpuso recurso de apelación contra la decisión de instancia, (Fl. 149 C.3) el cual sustentó (Fls. 158-166) señalando que el municipio demandado sólo está cumpliendo parcialmente las obligaciones consignadas en el artículo 89 de la Ley 142 de 1994.

Afirmó que el cumplimiento de las obligaciones por parte 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”.

Señaló el recurrente que “el legislador de 1.994, cuando se (sic) expidió la ley 142 incurrió en imprecisiones que fueron (sic) necesarias corregir luego, y por ello el Congreso de la República expidió la ley que modificó el numeral 89.8 ... para dejarlo en los siguientes términos: *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.*”

Por lo anterior, solicitó a la Sala la revocatoria de la sentencia apelada, para que, en su lugar, acceda a las pretensiones contenidas en la demanda.

7. Trámite en esta instancia.

Mediante auto del 24 de abril de 2006 (fls. 168-169), se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte actora y mediante providencia del 23 de junio de 2006 se ordenó correr traslado para la presentación de los alegatos finales (fl. 171).

El 19 de julio de 2006 presentó alegatos la representante de la Defensoría del Pueblo, reiterando, en lo esencial, los alegatos que presentó en el curso de la primera instancia.

Las partes guardaron silencio.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Antes de abordar el caso concreto, la Sala se ocupará del análisis del marco normativo de los fondos de solidaridad y redistribución de ingresos.

1. Marco normativo 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.

Por ser los servicios públicos domiciliarios inherentes a la finalidad social del Estado (Arts. 1° y 365 Constitucionales), en tanto contribuyen al mejoramiento de la calidad de vida de los asociados, en los términos de los artículos 2° y 366 de la Carta, su prestación constituye la concreción material y efectiva de la cláusula del Estado Social de Derecho¹. Esta cláusula se funda en el respeto al postulado de la dignidad humana -valor supremo de toda Constitución que se afirme democrática²- y está erigida a partir de la búsqueda de la igualdad material, esto es, a partir del supuesto conforme al cual, el Estado debe promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva (inc. 2° del art. 13 superior).

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: 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; 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.

Sobre el particular, la Corte Constitucional ha sostenido:

“La fórmula del artículo primero de la Constitución, ampliada y respaldada a través de todo el texto fundamental, según la cual Colombia se define como un Estado Social de Derecho, es de una importancia sin precedentes en el contexto del constitucionalismo colombiano.

...1. Lo primero que debe ser advertido es que el término "social", ahora agregado a la clásica fórmula del Estado de Derecho, no debe ser entendido como una simple muletilla retórica que proporciona un elegante toque de filantropía a la idea tradicional del derecho y del Estado. Una larga historia de transformaciones institucionales en las principales democracias constitucionales del mundo, está presente para dar testimonio de la trascendencia de este concepto.

2. La incidencia del Estado social de derecho en la organización sociopolítica puede ser descrita esquemáticamente desde dos puntos de vista: cuantitativo y cualitativo. Lo primero suele tratarse bajo el tema del Estado bienestar (welfare State, stato del benessere, L'Etat Providence) y lo segundo bajo el tema de Estado constitucional democrático. La delimitación entre ambos conceptos no es tajante; cada uno de ellos hace alusión a un aspecto específico de un mismo asunto. Su complementariedad es evidente.

a. El Estado bienestar surgió a principios de siglo en Europa como respuesta a las demandas sociales; el movimiento obrero europeo, las reivindicaciones populares provenientes de las revoluciones Rusa y Mexicana y las innovaciones adoptadas durante la república de Weimar, la época del New Deal en los Estados Unidos, sirvieron para transformar el reducido Estado liberal en un complejo aparato político-administrativo jalonador de toda la dinámica social. Desde este punto de vista el Estado Social puede ser definido como el Estado que garantiza estándares mínimos de salario, alimentación, salud, habitación, educación, asegurados para todos los ciudadanos bajo la idea de derecho y no simplemente de caridad (H.L. Wilensky, 1975).

b. El Estado constitucional democrático ha sido la respuesta jurídico-política derivada de la actividad intervencionista del Estado. Dicha respuesta está fundada en nuevos valores-derechos consagrados por la segunda y tercera generación de derechos humanos y se manifiesta institucionalmente a través de la creación de mecanismos de democracia participativa, de control político y jurídico en el ejercicio del poder y sobre todo, a través de la consagración de un catálogo de

*principios y de derechos fundamentales que inspiran toda la interpretación y el funcionamiento de la organización política.*³

3. *Estos cambios han producido en el derecho no sólo una transformación cuantitativa debida al aumento de la creación jurídica, sino también un cambio cualitativo, debido al surgimiento de una nueva manera de interpretar el derecho, cuyo concepto clave puede ser resumido de la siguiente manera: pérdida de la importancia sacramental del texto legal entendido como emanación de la voluntad popular y mayor preocupación por la justicia material y por el logro de soluciones que consulten la especificidad de los hechos. Estas características adquieren una relevancia especial en el campo del derecho constitucional, debido a la generalidad de sus textos y a la consagración que allí se hace de los principios básicos de la organización política. De aquí la enorme importancia que adquiere el juez constitucional en el Estado Social de Derecho.*

4. *La complejidad del sistema, tanto en lo que se refiere a los hechos objeto de la regulación, como a la regulación misma, hace infructuosa la pretensión racionalista que consiste en prever todos los conflictos sociales posibles para luego asignar a cada uno de ellos la solución normativa correspondiente. En el sistema jurídico del Estado social de derecho se acentúa de manera dramática el problema -planteado ya por Aristóteles- de la necesidad de adaptar, corregir, acondicionar la aplicación de la norma por medio de la intervención del juez. Pero esta intervención no se manifiesta sólo como el mecanismo necesario para solucionar una disfunción, sino también, y sobre todo, como un elemento indispensable para mejorar las condiciones de comunicación entre el derecho y la sociedad, es decir, para favorecer el logro del valor justicia (de la comunicación entre derecho y realidad), así ello conlleve un detrimento de la seguridad jurídica.*

5. *Es justamente aquí, en esta relación entre justicia y seguridad jurídica, en donde se encuentra el salto cualitativo ya mencionado: El sistema jurídico creado por el Estado liberal tenía su centro de gravedad en el concepto de ley, de código. La norma legal, en consecuencia, tenía una enorme importancia formal y material, como principal referente de la validez y como depositaria de la justicia y de la legitimidad del sistema. En el Estado intervencionista se desvanece buena parte de la importancia formal (validez) y de la importancia material (justicia) de la ley.*

6. *La Constitución colombiana recoge ampliamente los postulados normativos del Estado social de derecho. Ello se comprueba no solo al repasar lo consagrado en la lista de los principios y de la Carta de derechos, sino también en la organización del aparato estatal. El artículo primero de la Constitución es la clave normativa que irradia todo el texto fundamental:*

³ Manuel Aragón Reyes, Constitución y Democracia, Tecnos, Madrid, 1.989.

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

Por lo menos tres postulados se desprenden del artículo primero:

a) El Estado es definido a través de sus caracteres esenciales. Entre estos caracteres y el Estado la relación es ontológica: El Estado Colombiano es tal, en tanto sus elementos esenciales están presentes; no se trata de cualidades, capacidades o dotes del Estado, sino de su propia naturaleza, de su propio ser.

b) Los caracteres esenciales del Estado tienen que ver no solo con la organización entre poderes y la producción y aplicación del derecho, sino también y de manera especial, con el compromiso por la defensa de contenidos jurídicos materiales.⁴

El sentido y alcance del artículo primero no puede ser desentrañado plenamente a partir de una interpretación reducida al análisis de su texto. Cada una de las palabras del artículo posee una enorme carga semántica, la cual a través de la historia del constitucionalismo occidental, se ha ido decantando en una serie de nociones básicas que delimitan su alcance y lo hacen coherente y razonable. Una interpretación que se aparte del contexto nacional e internacional en el cual han tenido formación los conceptos del artículo primero, puede dar lugar a soluciones amañadas y contradictorias.

En síntesis, la Constitución está concebida de tal manera que la parte orgánica de la misma solo adquiere sentido y razón de ser como aplicación y puesta en obra de los principios y de los derechos inscritos en la parte dogmática de la misma. La carta de derechos, la nacionalidad, la participación ciudadana, la estructura del Estado, las funciones de los poderes, los mecanismos de control, las elecciones, la organización territorial y los mecanismos de reforma, se comprenden y justifican como transmisión instrumental de los principios y valores constitucionales. No es posible, entonces, interpretar una institución o un procedimiento previsto por la Constitución por fuera de los contenidos materiales plasmados en los principios y derechos fundamentales⁵.

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

⁴ Luciano PAREJO ALONSO, Constitución y valores del ordenamiento, en Estudios sobre la Constitución Española, Cívitas, Madrid, 1.991.

⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-406 de 1.992.

con la noción de función pública⁶, no deja todo al libre juego del mercado, sino que reconoce al Estado un importante papel en la dirección de la economía, que exige no sólo la regulación y el control, como expresiones distintivas de las funciones de policía administrativa a él asignadas (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.),⁷ criterio fundamental que no puede subordinarse a otros previstos en la ley.⁸

Ahora, si bien 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 superior 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 domiciliarios⁹ que cubran sus necesidades básicas.

⁶ "Zanobini refiere la noción de "servicios públicos" a sólo algunos aspectos de la actividad administrativa contraponiéndola a la de función pública como forma superior de manifestación de dicha actividad. En su opinión, la función pública representa siempre el ejercicio de una potestad pública, entendida ésta como una esfera de la capacidad jurídica del Estado, o sea de su soberanía; los servicios públicos, representan, por su parte, otras tantas actividades materiales, técnicas, incluso de producción industrial, puestas a disposición de los particulares para ayudarles a conseguir sus fines. En ese mismo sentido insiste también Giannini, para que la titularidad de las funciones públicas corresponde necesariamente al Estado, mientras que la competencia sobre los servicios se asume por razones técnicas, económicas o sociales, pero sin que repugne la idea de su gestión por los particulares". (Corte Constitucional, sentencia T-578 de 1.992).

⁷ 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.

⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-150 de 2003.

⁹ La jurisprudencia ha sostenido, a partir de un criterio finalista, las siguientes características relevantes para la determinación del concepto de servicio público domiciliario:

"a) El servicio público domiciliario -de conformidad con el artículo 365 de la Constitución-, puede ser prestado directamente o indirectamente por el Estado, por comunidades organizadas o por particulares, manteniendo éste la regulación, el control y la vigilancia de los servicios.

b) El servicio público domiciliario tiene una "punto terminal" que son las viviendas o los sitios de trabajo de los usuarios, entendiéndose por usuario "la persona que usa ciertos servicios, es decir quien disfruta el uso de cierta cosa".

Por manera que, esta autorización constitucional -que se inscribe en las finalidades sociales del Estado- 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 artículo 89.8 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 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.”¹⁰ (Destaca la Sala).

Este mandato constitucional debe armonizarse con otros dos preceptos constitucionales: el contenido en el artículo 365, según el cual es deber del Estado asegurar la prestación eficiente de los servicios y el previsto en el artículo 366, por

c) El servicio público domiciliario está destinado a satisfacer las necesidades básicas de las personas en circunstancias fácticas, es decir en concreto. Así pues, no se encuentran en estas circunstancias el uso del agua destinado a urbanizar un terreno donde no habite persona alguna. Igualmente no es derecho constitucional fundamental cuando el suministro de agua esté destinado a la explotación agropecuaria, casos en los que se trata del establecimiento de una servidumbre de acueducto de carácter privado cuya consagración es eminentemente legal y no constitucional. En concordancia con los artículos 365 y 367 de la Constitución se concluye, en primer lugar, que el servicio público es el género y el servicio público domiciliario es especie de aquél. Y en segundo lugar se concluye entonces que el acueducto es un servicio público domiciliario”. (Corte Constitucional, Sentencia T- 578 de 1.992).

¹⁰ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-566 de 1.995 MP Eduardo Cifuentes. En el mismo sentido, Sentencia C-086 de 1.998.

cuya virtud el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población constituyen 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. Competencia funcional referente al otorgamiento de subsidios en materia de servicios públicos domiciliarios.

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*”.

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”**.

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, en el marco de un Estado Social Derecho, 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**.

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. Sólo en la medida en que ese deber sea efectivamente atendido y satisfecho, 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”¹¹.

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

¹¹ Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-566 de noviembre 30 de 1995. Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

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.

“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.”¹²”

Así las cosas, aunque 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, cabe señalar que a **La Nación** también le corresponde interesarse en la apropiación de recursos presupuestales para esos fines y deberes.

Como se expuso, 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*

¹² Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-237 de mayo 20 de 1997. Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz.

tarifas de los servicios públicos domiciliarios que cubran sus necesidades básicas”.

Así como los **departamentos, distritos y municipios** se encuentran en el deber de asumir 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, también le corresponde a la **Nación** la responsabilidad y el deber 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 generalmente 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.

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.

Es por ello 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 el artículo 99.9 de 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 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, con el fin de asegurar la prestación eficiente de los aludidos servicios públicos domiciliarios de acueducto (agua potable), aseo y alcantarillado (saneamiento básico).

De otro lado, 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 previó y contempló 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:

“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 su parte, tal como lo establece al artículo 5.3 de la ley 142, corresponde a los **municipios, con cargo a sus respectivos presupuestos, “disponer el otorgamiento de subsidios a los usuarios de menores ingresos”**, así como ejercer las competencias funcionales, dispuestas en la ley, en relación con los fondos de solidaridad y redistribución de ingresos, a las cuales se hará referencia en el siguiente numeral de ésta providencia. (Se destaca).

Del diseño constitucional y legal expuesto, se concluye que, como expresión del Estado Social de Derecho consagrado en la Carta Política, los servicios públicos, en general, resultan inherentes a los fines del Estado y los servicios públicos domiciliarios, en particular, gozan de un régimen tarifario que, fundado en los criterios de solidaridad y redistribución, prevé un sistema de subsidios para que las personas de menores ingresos puedan cubrir sus necesidades básicas, subsidios cuyo otorgamiento, por expreso mandato constitucional, está conjuntamente atribuido tanto a la Nación como a los departamentos, distritos, municipios y entidades descentralizadas, es decir, no se asignó de manera exclusiva un determinado servicio a ninguna de aquellas entidades, sino que, por el contrario, *todas* las entidades mencionadas deben concurrir en los subsidios de *todos* los servicios, pues, se insiste, lo importante es privilegiar el aspecto teleológico que justifica, fundamenta y legitima al Estado.

1.3. El deber de constituir los fondos de solidaridad y redistribución de ingresos.

Para llegar a los niveles máximos de subsidios, previstos en el artículo 99.6 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, como se dijo en el punto anterior, por la Nación, los departamentos, los distritos, los municipios y las entidades descentralizadas.

La Ley 142 de 1.994 desarrolló el criterio de *solidaridad tarifaria*¹³ mediante el mecanismo de *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 “*subsídios cruzados*”.¹⁴ Sin embargo, éste no fue concebido como el único instrumento de ayuda a la financiación de los usuarios de menores recursos. En efecto, la ‘*solidaridad tarifaria*’, también se manifiesta en una política legislativa de concesión material de subsidios a los usuarios de menores ingresos, que supone el efectivo apoyo estatal¹⁵ a través de sus distintos niveles territoriales vía presupuesto (“*subsidio tarifario directo*”), de modo que no depende 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 complejo que busca otras fuentes complementarias para su financiación, mediante la creación y efectivo funcionamiento de los Fondos de Solidaridad y Redistribución de Ingresos.¹⁶

Dentro de los fines por los cuales el Estado interviene en los servicios públicos domiciliarios¹⁷, se encuentran: 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.

El inciso segundo del artículo 89 de la Ley 142 dispone, en forma perentoria:

¹³ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-252 de 1997, MP Eduardo Cifuentes y Sentencia C-086 de 1998, MP Jorge Arango.

¹⁴La ley 142 de 1.994 establece: “87.3 Por solidaridad y redistribución se entiende que al poner en práctica el régimen tarifario se adoptarán medidas para asignar recursos a ‘fondos de solidaridad y redistribución’, para que los usuarios de los estratos altos y los usuarios comerciales e industriales, ayuden a los usuarios de estratos bajos a pagar las tarifas de los servicios que cubran sus necesidades básicas.” Esta norma fue declarada exequible Corte Constitucional, Sentencia C-252 de 1.997, MP Eduardo Cifuentes.

¹⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-566 de 1.995, MP Eduardo Cifuentes.

¹⁶ Expresión de la “justicia social distributiva” (Corte Constitucional Sentencia C-580 de 1.992).

¹⁷ Artículos 2.2, 2.3, 2.8 y 2.9 de la ley 142 de 1994.

“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)

Como ya se indicó, el legislador reiteró el imperativo de canalizar recursos a través de tales fondos, en el artículo 89.8 de la ley 142, modificado por el artículo 7° de la ley 632 de 2000, en los siguientes términos:

*“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”* (Destaca la Sala).

De conformidad con el diseño legal, el otorgamiento de subsidios no puede llevarse a cabo si no se canalizan los correspondientes recursos presupuestales a través de cuentas especiales, esto es, se impone para el efecto la creación de los Fondos de Solidaridad.

En efecto, el artículo 99.4 de la ley 142, faculta al Presidente de la República y a los Gobernadores de los Departamentos, 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.”*

El artículo 99.5 determina que corresponde a los alcaldes presentar el proyecto de Acuerdo municipal para la creación del FSRI y reglamentar el FSRI para que funcione correctamente, al tiempo que señala que el incumplimiento por parte de

las autoridades en la constitución y puesta en funcionamiento de tales fondos “dará lugar a sanción disciplinaria”.

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

“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.”

Recientemente, la ley 1.117 de 2006, “por la cual se expiden normas sobre normalización de redes eléctricas y de subsidios para estratos 1 y 2”, dispuso, en su artículo 3°:

“La aplicación de subsidios al costo de prestación del servicio público domiciliario de energía eléctrica y de gas combustible para uso domiciliario distribuido por red de tuberías de los usuarios pertenecientes a los estratos socioeconómicos 1 y 2 a partir del mes de enero de 2007 hasta diciembre del año 2010, 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 como máximo a la variación del índice de Precios al Consumidor, sin embargo, en ningún caso el porcentaje del subsidio será superior al 60% del costo de la prestación del servicio para el estrato 1 y al 50% de este para el estrato 2.

Los porcentajes máximos establecidos en el presente artículo no aplicarán para el servicio de energía eléctrica de las zonas no interconectadas.

*La Comisión de Regulación de Energía y Gas, CREG, ajustará la regulación para incorporar lo dispuesto en este artículo a más tardar el 31 de diciembre de 2006. **Este subsidio podrá ser cubierto con recursos de los Fondos de Solidaridad, aportes de la Nación y/o de las Entidades Territoriales.***

En desarrollo de los artículos 350¹⁸ y 366¹⁹ de la Carta, que ordenan que el gasto público social -destinado a la solución de las necesidades básicas insatisfechas de saneamiento y de agua potable, entre otras- tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación, el artículo 100 de la ley 142 estatuyó:

“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”.

Por su parte, el inciso primero del artículo 17 de la ley 179 de 1994, compilado por el artículo 41 del Decreto 111 de 1.996, dispuso:

“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.”

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 2.001 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

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 (...)”

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”.

Solidaridad y Redistribución de Ingresos o destinarlos a obras de infraestructura en el sector de acueducto y saneamiento básico.

En el mismo sentido, la ley del Plan de Desarrollo se ocupó de señalar:

“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 legalmente 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).

El Gobierno Nacional ha expedido varios decretos tendientes a reglamentar la materia. Así, el Decreto 565 de 1.996 prescribe, en su artículo 4°:

“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.”

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 subsidios²⁰, sino también de la asignación de recursos presupuestales (subsidios tarifarios directos) tal y como ordena el decreto 565 antecitado en su artículo 14:

“Fuentes de los recursos para otorgar los subsidios a través de los Fondos de Solidaridad y Redistribución de Ingresos: Podrán utilizarse como fuentes para el otorgamiento de los subsidios las siguientes:

a) Los recursos provenientes de los aportes solidarios definidos en el Artículo 1 de este Decreto²¹, 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)

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.

²⁰ 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.

²¹ “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. (...)”.

En ningún caso se utilizarán recursos del crédito para atender subsidios (Artículo 100 de la Ley 142 de 1994)."

En consonancia con estos preceptos, el Decreto Reglamentario 1.013 de 2005,²² estableció la metodología para la determinación del equilibrio entre los subsidios y las contribuciones para los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo.

Al consultar los antecedentes históricos del régimen legal de los servicios públicos, observa que se tenía claro que debía desmontarse paulatinamente el sistema de "subsidios tarifarios cruzados" para priorizar su financiación vía presupuesto (subsidios tarifarios directos):

"... 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 período de seis años mientras la Nación y las entidades territoriales encuentran formas de financiar los subsidios que tengan impactos menos nocivos sobre la asignación eficiente de los recursos en la economía colombiana"²³ (Subrayas fuera de texto original)

En el mismo sentido, en la exposición de motivos al proyecto de Ley No. 284 de 1996 Senado, que se convertiría en la Ley 286, se indicó que uno de los objetivos de la iniciativa era: *"procurar 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"*.²⁴

²² DIARIO OFICIAL 45871, miércoles 6 de abril de 2.005.

²³ HOMMES RODRÍGUEZ, Rudolf et al., Ministerio 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.

²⁴ 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

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, sino que debe complementarse con la creación y puesta en funcionamiento de los Fondos de Solidaridad. Así lo puso de relieve la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación:

“El artículo 89 de la Ley 142 de 1994, radica en cabeza de los concejos municipales -y, por supuesto distritales-, la competencia y obligación legal de crear los “fondos de solidaridad y redistribución de ingresos”, con la precisa finalidad de que por su intermedio se canalicen los recursos del presupuesto del municipio -o distrito- que se destinen a subsidiar a los usuarios de menores ingresos y a ellos se transfieran, también, los excedentes de las contribuciones cobradas a los usuarios de estratos altos, según el servicio de que se trate, conforme lo establecido en el artículo 89.2 de la Ley 142 de 1994. Los recursos de dichos fondos, por expresa previsión legal, serán destinados a conceder subsidios a los usuarios de estratos 1, 2 y 3 en el municipio respectivo, en los términos y condiciones establecidos por el legislador.”²⁵

En tal virtud, cuando el municipio decide cumplir con la obligación legal de crear el FSRI, si el sobreprecio que deben pagar los estratos altos e industriales y comerciales genera superávit, éste debe transferirse a la cuenta especial e implica, a la vez, que las autoridades simultáneamente deben cumplir el mandato legal previsto en el artículo 89.8 de la Ley 142, esto es, que en el evento en que los aportes solidarios no sean suficientes para cubrir la totalidad de los subsidios necesarios para el consumo básico, la diferencia debe ser cubierta con otros recursos de los presupuestos de las entidades del orden **nacional, departamental, distrital o municipal.**

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 período 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).

²⁵ CONSEJO DE ESTADO, Sala de Consulta y Servicio Civil, abril 11 del 2002, Concepto Radicación No. 1409, C.P. Susana Montes de Echeverri.

De todo lo anteriormente expuesto, se concluye:

i) Los subsidios no solamente tienen por fuente la denominada “*contribución de solidaridad*”²⁶ que, como sobreprecio, deben pagar los estratos altos e industriales y comerciales, sino que el diseño normativo prevé una amplia gama de fuentes que forman parte ordinaria de los recursos presupuestales.

ii) Con la simple creación de los FSRI no se agota el cometido estatal, sino que se han de apropiar recursos, en los respectivos presupuestos de la Nación, los departamentos, los distritos, los municipios y las entidades descentralizadas, con destino a otorgar subsidios para asegurar y/o lograr la prestación real, efectiva y eficiente de los servicios públicos domiciliarios a los habitantes del país, en especial a aquellos que forman parte de la población más pobre y vulnerable.

iii) 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 **nacional, departamental, distrital o municipal**.

iv) De otra parte, 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.

Estos comités de vigilancia, que el actor popular pide que 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 1.429 de 1.995. Los CDCS, según lo dispuesto por el artículo 63.4 de la ley 142, tienen dentro de sus funciones:

“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.”

²⁶ Que la jurisprudencia constitucional denomina “impuesto con destinación específica” (CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-086 de 1.998, MP Jorge Arango).

La falta de integración del Comité de Control y Vigilancia del FSRI no vulnera ninguna norma legal, ni comporta *per se* automática y necesariamente la violación de un derecho o interés colectivo.

2. El caso concreto.

2.1. El actor, en ejercicio de la Acción Popular, demandó al Municipio de Tibacuy, alegando la supuesta violación de varios derechos colectivos debido a la no creación del Fondo de Solidaridad y Redistribución de Ingresos y a la no integración del Comité de Control y Vigilancia respectivo.

El Tribunal de primera instancia denegó las súplicas de la demanda, al encontrar que el mencionado Fondo había sido efectivamente creado por el Concejo del municipio demandado.

El actor popular interpuso recurso de apelación contra la anterior decisión, alegando que el cumplimiento parcial de la obligación de poner en funcionamiento el Fondo de Solidaridad y Redistribución de Ingresos, por parte de municipio, vulneraba de los derechos colectivos cuya protección invoca.

En primer término, destaca la Sala que como el demandante fundó la alegada violación de los derechos colectivos, en la supuesta falta de creación del Fondo de Solidaridad y Redistribución de Ingresos y puesto que sus pretensiones se orientaban a que se dispusiera dicha creación, la demanda, en forma adecuada, se dirigió contra el municipio encargado de la constitución y puesta en funcionamiento del mencionado fondo, sin que fuera necesario, para efectos del *petitum*, vincular a la Nación, pues, como se dijo, por disposición legal la competencia para la creación de los FSRI, se encuentra atribuida a los concejos municipales.

2.1.1. Contrario a lo afirmado por el actor popular, se encuentra acreditado en el proceso que mediante el Acuerdo No. 008 de 16 de mayo de 2.004 (Fls. 35-41 C.1), el Concejo Municipal de Tibacuy creó el Fondo de Solidaridad y

Redistribución de Ingresos. En el artículo sexto del mencionado Acuerdo, se estableció la naturaleza del mismo al disponer que se trata “*de una cuenta especial dentro de la Contabilidad del Municipio, a través del cual se contabilizarán los recursos destinados a otorgar subsidios de acueducto, alcantarillado y aseo*”. También se dispone que se abrirán cuentas independientes “*para los servicios de energía eléctrica, gas domiciliario y telecomunicaciones*”.

De otra parte, mediante acta del 18 de mayo de 2.004 (Fls. 42-43 C. 1), se conformó el Comité de Control y Vigilancia del Fondo de Solidaridad y Redistribución de Ingresos.

De estas pruebas -que no han sido controvertidas por el recurrente, quien se ha limitado desde el mismo libelo de demanda a presentar escritos elaborados en serie, que no se detienen en las especificidades del caso concreto- se desprende que tanto la creación del Fondo de Solidaridad, como la conformación del respectivo Comité de Control y Vigilancia, tuvieron lugar antes de la notificación personal de la demanda al alcalde de Tibacuy, diligencia ésta que se verificó el día 6 de julio de 2004, tal como consta a folio 27 del cuaderno 1.

2.1.2. Cabe recordar que tratándose de acciones populares, la carga de la prueba de los supuestos de hecho a través de los cuales se alega 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 Ley 472 de 1.998. Esta norma fue declarada exequible por la Corte Constitucional, al considerar que:

“... en cuanto se refiere al cargo formulado en concreto contra el artículo 30, y teniendo en cuenta la naturaleza de la acción popular, para la Corte resulta admisible, lógico y necesario que la demostración de los perjuicios sufridos por una persona en uno de sus derechos e intereses colectivos, le corresponda al afectado. En todo caso, el debido proceso queda a salvo, pues el mismo precepto establece que si por razones económicas o técnicas el demandante no puede acreditar las pruebas, el juez deba impartir las órdenes necesarias para suplir la deficiencia probatoria, para lo cual puede solicitar a la entidad pública cuyo objeto esté referido al tema materia de

debate, dichos experticios probatorios y así obtener los elementos indispensables para adoptar un fallo de mérito.

*Además, el derecho fundamental a la presunción de inocencia consagrado en el artículo 29 superior es aplicable a todos los poderes públicos y a las personas en general, razón por la cual **trasladar la carga de la prueba al demandado como lo pretende el actor, equivaldría a presumir desde un comienzo, con la sola presentación de la demanda, su responsabilidad***.²⁷ (Se destaca).

Sobre la carga de la prueba en la Acción Popular, esta Corporación ha manifestado que:

“... la acción popular no está diseñada para acudir a ella ante cualquier violación de la ley, irregularidad o disfunción que se presente ya sea en el ámbito público o privado. Por el contrario, como se indicó al inicio de estas consideraciones, la acción popular tiene un papel preventivo y/o remedial de protección de derechos e intereses colectivos, cuando quiera que éstos se ven amenazados o están siendo vulnerados, pero en uno y otro evento, tanto la amenaza como la vulneración, según el caso, deben ser reales y no hipotéticas, directas, inminentes, concretas y actuales, de manera tal que en realidad se perciba la potencialidad de violación del derecho colectivo o la verificación del mismo, aspectos todos que deben ser debidamente demostrados por el actor popular, quien conforme a lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley 472 de 1998, tiene la carga de la prueba.

Dado que los actores no demostraron de ninguna manera el supuesto hecho que generaba la violación de los derechos colectivos (...) confirmará la Sala la sentencia proferida por el tribunal de instancia.”²⁸

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. En estos casos 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.

En la obra del profesor Rocha Alvira se dice lo siguiente sobre el particular:

²⁷ Corte Constitucional, sentencia C-215 de 1.999.

²⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, exp. AP-1499 de 2005.

“... 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.”²⁹

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, la negativa es de mera forma gramatical, pues en el fondo configura una afirmación redactada negativamente (“*afirmación negativa*”³⁰), 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 definida³¹ que es susceptible de demostración acreditando el hecho positivo contrario que en forma implícita se indica, por lo cual 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 1.757 del C.C. (*onus probandi incumbit actori*).³²

²⁹ ROCHA ALVIRA, Antonio, De la Prueba en Derecho, Clásicos Jurídicos Colombianos, Biblioteca Jurídica Diké, Bogotá, 1990, p. 67 y 68.

³⁰ DEVIS ECHANDÍA, Hernando, Teoría General de la prueba judicial, tomo I, Ed. Temis, Bogotá, p. 200.

³¹ 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).

³² “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).

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 los cuales se funda la acción, regla que trae aparejado que el demandado ha de ser absuelto de los cargos si el demandante no logra probar el fundamento fáctico 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 pudiese ser cumplida por el demandante, “*el juez impartirá las órdenes necesarias para suplir la deficiencia y obtener los elementos probatorios indispensables para proferir un fallo de mérito*”, lo cierto es que el supuesto de hecho de esta norma tampoco se acreditó en el caso que ocupa la atención de la Sala, dado que la deficiencia probatoria fue ajena a las razones que la ley consagra.

No puede pasar por alto la Sala, el hecho de que ante esta jurisdicción han cursado múltiples acciones populares entabladas por la persona que obra como actor en el presente caso y en todas ellas el formato de la demanda y, en general, de los escritos que el actor aporta al proceso resultan idénticos, salvo en lo que al nombre del respectivo municipio corresponde, lo que evidentemente comporta un ejercicio abusivo del derecho de acceso a la Administración de Justicia, que desde luego tiene incidencia en las deficiencias probatorias que se observan.

2.2. Naturaleza y características de la Acción Popular.

La Acción Popular, considerada como una acción constitucional³³, ha sido instituida como una vía adicional para el ejercicio efectivo del control judicial de la actividad de la Administración Pública y, por tanto, su objeto lejos de resultar extraño al que la Constitución y la ley han señalado de manera general a la

³³ “La constitucionalización de estas acciones obedeció a la necesidad de protección de los derechos derivados de la aparición de nuevas realidades o situaciones socio-económicas, en las que el interés afectado no es ya particular, sino que es compartido por una pluralidad mas o menos extensa de individuos. Las personas ejercen entonces, verdaderos derechos de orden colectivo para la satisfacción de necesidades comunes, de manera que cuando quiera que tales prerrogativas sean desconocidas y se produzca un agravio o daño colectivo, se cuente con la protección que la Constitución le ha atribuido a las acciones populares, como derecho de defensa de la comunidad.” (Corte Constitucional, Sentencia C-215 de 1999).

Jurisdicción Contencioso Administrativa, encuadra dentro del mismo. Por tal razón resulta elemental que a esta Jurisdicción especializada se atribuya el conocimiento de aquellas acciones populares que tengan origen en la actividad de las entidades públicas y de los particulares que desempeñen funciones administrativas.³⁴

Dentro de las características principales de esta acción, destacan las siguientes:

Es una acción pública³⁵, esto es, como mecanismo propio de la democracia participativa³⁶, puede ser ejercida por “*toda persona*” y además, para afianzar un sistema de control social, se señalan expresamente como titulares de esta acción las organizaciones no gubernamentales, las entidades públicas de control, el Procurador General, el Defensor del Pueblo, los Personeros y los servidores públicos.

Tiene como finalidad única la protección de los derechos e intereses colectivos.

Es una acción principal, carácter que, de una parte, la dota de autonomía e identidad propias y resulta especialmente importante en tanto no permite que el juez eluda pronunciamiento de fondo alegando la existencia de otro mecanismo de defensa judicial y, de otra parte, permite su compatibilidad con otras acciones.³⁷

³⁴ Ley 472 de 1998 Art. 15.

³⁵ Desde las discusiones que se presentaron en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente ya se ponía de presente el carácter público de la acción popular: “... se justifica que se dote a los particulares de una acción pública que sirva de instrumento para poner en movimiento al Estado en su misión, bien de dirimir los conflictos que pudieren presentarse, bien de evitar los perjuicios que el patrimonio común pueda sufrir”. (Gaceta Constitucional No. 19. Marzo 11 de 1991, Pág. 3).

³⁶ “Dentro del marco del Estado Social de Derecho consagrado por el constituyente de 1991, la intervención activa de los miembros de la comunidad resulta esencial en la defensa de los intereses colectivos que se puedan ver afectados por las actuaciones de las autoridades públicas o de un particular. La dimensión social del Estado de derecho, implica de suyo un papel activo de los órganos y autoridades, basado en la consideración de la persona humana y en la prevalencia del interés público y de los propósitos que busca la sociedad, pero al mismo tiempo comporta el compromiso de los ciudadanos para colaborar en la defensa de ese interés con una motivación esencialmente solidaria.” (Corte Constitucional, Sentencia C-215 de 1999).

³⁷ “Ni del texto del artículo 88 de la Constitución Política ni del de norma alguna de la Ley 472 se desprende que la acción popular tenga carácter subsidiario y que sólo proceda cuando no exista otra acción para ventilar judicialmente aspectos relacionados con el mismo tema. Para su procedencia basta que se pretenda la protección de un derecho colectivo vulnerado o amenazado por la acción y omisión de una autoridad pública o de un particular, independientemente de que,

La acción popular se rige por la prevalencia del derecho sustancial³⁸ y el principio *iura novit curia*³⁹.

La acción popular se puede ejercer tanto para evitar daño contingente, para hacer cesar el peligro o la amenaza a un derecho colectivo, o para hacer cesar la vulneración sobre él⁴⁰. No obstante lo anterior, ha de precisarse que esta acción no ha sido instituida como mecanismo de control judicial de las leyes⁴¹, en

mediante el ejercicio de otra acción, también se puedan formular otras pretensiones y, consecuentemente, en caso de prosperidad de las mismas puedan resultar protegidos derechos colectivos.” (Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección quinta, Consejero Ponente: Darío Quiñones Pinilla, Auto AP-495 del 14 de junio de 2002, Actor: Marcelino Rafael Corrales Larrarte, Demandado: Ministerio de Defensa Nacional.)

³⁸ “Estando de por medio el ejercicio de acciones constitucionales, su inadmisión solo puede realizarse en los casos expresamente señalados en la ley, como quiera que el juez está obligado a asegurar la vigencia del principio constitucional de efectividad de los mecanismos de protección instituidos por la Constitución Política para garantizar los derechos e intereses colectivos y de acatar el mandato que el legislador instituyó en el artículo 5° de la ley 472 de 1998, conforme al cual su trámite se desarrolla con fundamento en los principios constitucionales y especialmente en los de prevalencia del derecho sustancial de modo que promovida la acción es obligación del juez impulsarla oficiosamente y producir decisión de mérito so pena de incurrir en falta disciplinaria”. (Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección primera, Consejero Ponente: Camilo Arciniegas Andrade, Auto del 14 de marzo de 2002, Actor: Dinier Sandoval Cardona, Demandado: Alcaldía municipal de Soledad).

³⁹ “De acuerdo con el artículo 18 de la ley 472 de 1998, para promover una acción popular se debe presentar una demanda que cumpla, entre otros, con el requisito de indicar el derecho o interés colectivo amenazado o vulnerado. Ello no significa que el juez deba negar la protección de un derecho colectivo, sin más, por el sólo hecho de que no fue señalado expresamente en la demanda. El juez no puede modificar el petitum de la demanda y los hechos que le sirvan de fundamento. Pero, si de tales hechos se deriva que hay un derecho colectivo comprometido, diferente del que se señaló expresamente, el juez, en cumplimiento de su deber de administrar justicia y procurar la vigencia de los derechos consagrados en la Constitución, deberá aplicar la ley como corresponda a lo alegado en la demanda y probado en el proceso, protegiendo el derecho colectivo que encuentre amenazado o vulnerado. Se trata solamente de la aplicación del antiguo principio *da mihi factum dabo tibi jus*, además de que, dado que la aplicación de la ley se debe hacer conforme a los hechos expuestos, conocidos por el demandado, no se vulnera su derecho de defensa. En otros términos, resulta imperioso la aplicación del principio *iura novit curia* a los procesos de la acción popular”. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez, Sentencia AP-166 del 17 de junio de 2001, Actor: Manuel Jesús Bravo).

⁴⁰ Ley 472 de 1998, Art. 2°.

⁴¹ Sobre el particular esta Corporación ha sostenido: “...debe indicarse que la causa petendi del actor se dirige a que se declare que el TLC crea un marco jurídico supranacional que desvirtúa el Estado de Derecho, modificando la Constitución; luego se solicita que se declare que adolece de objeto ilícito, para finalmente pedir que se ordene al Presidente que no lo suscriba. Subsidiariamente, solicita el actor que se ordene a los demandados incluir una cláusula en el Tratado, en virtud de la cual, siempre que haya incompatibilidad entre el Tratado y la Constitución Política de 1991 primará ésta, sin que ello implique para el país sanciones de carácter jurídico o económico.

consecuencia, cuando con fundamento en la eventual violación o amenaza a un derecho o interés colectivo se pretenda impugnar una ley o que se imparta una orden al legislador, habrá de acudir a las acciones pertinentes.

2.3. Derechos colectivos señalados en la demanda.

La demanda acusa la vulneración de los derechos colectivos consagrados en la Ley 472 de 1.998, Artículo 4°, letras b) moralidad administrativa; e) defensa del patrimonio público; g) seguridad y salubridad públicas; h) acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública; j) acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna; n) derechos de los consumidores y usuarios.

2.3.1. La Moralidad Administrativa.

El actor señaló como vulnerado el derecho a la moralidad administrativa, violación que, a su juicio, se habría configurado por la no constitución real y efectiva del FSRI de conformidad con lo previsto por la ley, evento que no se presenta en el *sub lite* toda vez que, como se dijo, de una parte la constitución del fondo aparece debidamente acreditada y, de otra, el actor no asumió la carga probatoria que le corresponde de conformidad con lo previsto en el artículo 30 de la ley 472 de 1.998, con el fin de demostrar su afirmación en el sentido de que el fondo funciona de manera deficiente o no cumple cabalmente sus cometidos.

Insiste la Sala en que si bien quien se preocupa y esfuerza por la protección de un derecho colectivo e interpone demanda en ejercicio de la Acción Popular puede

Tales pretensiones, así plasmadas, no se dirigen a la protección del derecho colectivo a la moralidad administrativa, como aparentemente lo presenta el actor, sino que, en realidad, constituyen el deseo de éste dirigido a que se declare la inconstitucionalidad del Tratado, lo cual implica que dicha causa petendi no corresponde a la de una acción popular sino a la de una acción de inconstitucionalidad, para la cual no es competente la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo". (Sección Tercera, Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra, Sentencia del 6 de Julio de 2.006, Referencia 250002327000 2005 01725 01 (Ap), Actor: Efraín Barbosa Rojas, Demandado: Presidencia de la República y otros).

llegar a hacerse acreedor al incentivo -establecido en la ley⁴² y plenamente ajustado al texto constitucional⁴³- previsto como compensación a su iniciativa y su diligencia, también requiere cumplir las cargas procesales dentro de las cuales se destaca la relacionada con la prueba, asunto que la Sala echa de menos en el presente caso, en el que el actor popular se limitó a elaborar unos formatos, de demanda y de memoriales, que utilizó a manera de comodines para iniciar múltiple procesos, sin sustentar ni acreditar para cada caso la supuesta vulneración a derechos colectivos que gratuitamente afirmaba en sus escritos.

No obstante lo anterior, la Sala encuentra oportuno formular algunas consideraciones en torno al tema de la moralidad administrativa y su protección mediante la Acción Popular.

La Sala ha reconocido⁴⁴ que la *moralidad administrativa* es un principio constitucional cuya aplicación, por parte del juez, supone un especial método de interpretación que permita garantizar, de una manera eficaz, la vinculación directa de la función administrativa con el valor de los principios generales proclamados por la Constitución.

Se trata de una tarea compleja y difícil, en tanto requiere de la aplicación directa de dichos principios, cuyo contenido, por esencia, es imposible de definir a priori, pues de hacerlo se correrá el riesgo de quedarse en un nivel tan general que cada persona hubiera podido entender algo distinto y dar soluciones diversas⁴⁵.

La *moralidad administrativa*, como todos los principios constitucionales, informa una determinada institución jurídica; por esta razón, para definir su contenido en un caso concreto es necesario remitirse a la regulación de esta última. De lo dicho se infiere que los principios constitucionales y las instituciones jurídicas se sirven los unos a los otros, dado que aquellos constituyen la fuente de regulación de

⁴² Ley 472 de 1.998 art. 40.

⁴³ Corte Constitucional, Sentencias C-459 de 2.004 y C-088 de 2.000.

⁴⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera exp. AP-170 de 2001, AP-166 de 2001 y AP-0787 de 2002.

⁴⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, exp. AP- 166 de 2001.

éstas y la definición del contenido de estas últimas implica regresar a dicha regulación.

Esta Sala⁴⁶, teniendo en cuenta la textura abierta del principio de *moralidad administrativa* y con la finalidad de lograr su aplicación, esbozó una solución que propone la concreción del mismo mediante ejemplos, de manera que dicha concreción se convierte en el elemento que proporciona al principio un alcance determinado en cada caso.

Así, en sentencia de 6 de septiembre de 2001, esta Sala expresó:

“Para evaluar la moralidad administrativa, no existen fórmulas de medición o análisis, se debe acudir al caso concreto, para sopesar la vulneración a éste derecho colectivo, derecho que en todos los casos debe estar en conexidad con otros derechos o principios legales y constitucionales para que pueda ser objeto de una decisión jurídica, a su vez, debe existir una transgresión al ordenamiento jurídico con la conducta ejercida por la autoridad. Sin estos elementos no se configura, la vulneración de éste derecho colectivo y las afirmaciones de los actores no pasarían de ser meras abstracciones, y los casos analizados se transformarían en dogmas. Sin embargo, como ya lo había manifestado esta Sala⁴⁷, no toda ilegalidad atenta contra el derecho colectivo a la moralidad administrativa, hace falta que se pruebe la mala fe de la administración y la vulneración a otros derechos colectivos. A su vez, las ilegalidades ayudan a determinar el alcance de la moralidad administrativa en un caso concreto, en esta valoración, el juez se nutre de principios constitucionales con los cuales se determina el contenido de la norma en blanco: la moralidad administrativa”.

En esa línea de pensamiento, la Sala ha destacado la cercanía que se presenta entre la *moralidad administrativa* y la desviación de poder, tal como se desprende de los apartes consignados en la sentencia de noviembre de 2004, en la cual se sostuvo:

“(... ...) 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

⁴⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, exp. AP 170 de 2001.

⁴⁷ *Ibíd.*

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.”

Así mismo se encuentra el pronunciamiento contenido en la sentencia de 2 de junio de 2005, en la cual se afirmó:

“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.

“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.”⁴⁸

En ese sentido cabe agregar que el derecho colectivo a la *moralidad administrativa* no se limita a un examen de la situación a la luz del simple texto legal, sino 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 su verdadero alcance.

En aplicación de estos criterios se advierte que no se puede 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.

⁴⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de junio 2 de 2005. Expediente AP-720.

En este orden de ideas, resulta claro que al juez popular corresponde el 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 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 ese sentido 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”.

Así las cosas, se tiene entonces que al aplicar la ley, el juez no puede 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, debe 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 cobra mayor significado cuando se trata 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 debe 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 diferencias⁴⁹, resulta preciso señalar que para efectos de

⁴⁹ 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

garantizar y asegurar la efectividad del derecho colectivo a la moralidad administrativa, el juez popular no requiere 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 basta 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 está llamada a jugar un papel determinante la facultad-deber que le ha sido conferida para que actúe de manera

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

“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).***

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 resulta posible encontrar en el texto mismo, en el sustrato o en la finalidad de las normas jurídicas aplicables a cada caso.

2.3.2. Los derechos colectivos a la defensa del patrimonio público; a la seguridad y salubridad públicas; al acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública; al acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna y, los derechos de los consumidores y usuarios.

La Sala, al hacer referencia al contenido y alcance del *patrimonio público*, ha expuesto:

“(...) 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 normativo⁵⁰. 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. (... ..)”

“.....

“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. (... ..)”⁵¹.

Aprovecha la Sala esta oportunidad para señalar que el alcance de la noción de patrimonio público, prevista en el artículo 4 de la Ley 472, naturalmente incluye los bienes inmateriales y los derechos e intereses que no son susceptibles de propiedad por parte del Estado, pues existen eventos en que él mismo es el

⁵⁰ 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”.

⁵¹ 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”.

‘sujeto’ llamado -a un título distinto de propiedad-, a utilizarlos, usarlos, usufructuarlos, explotarlos, concederlos y, principalmente, a defenderlos.

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.

Igual criterio puede adoptarse en relación con el patrimonio histórico o cultural de la Nación colombiana a cuyo goce tiene derecho la colectividad y que, por tratarse de un derecho general que hace parte del patrimonio de la comunidad, puede ser susceptible de protección mediante las acciones populares, sin que necesariamente, respecto de los mismos, pueda consolidarse propiedad alguna por parte del Estado o de sus diversas entidades.

Es por ello que al concepto de *patrimonio público*, en cuanto integrador de un derecho cuya titularidad corresponde a la colectividad, debe reconocérsele el alcance amplio que legalmente le corresponde, sin limitación alguna, incorporando en él 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 los cuales es titular la colectividad en general, lo cual no significa, en modo alguno, que los derechos que tienen identidad propia y que como tales constituyen objeto de tutela jurídica vayan a perder su individualidad y su posibilidad de ser protegidos de manera autónoma, por la sola consideración de formar parte integrante de aquél.

La Sala reitera que el actor no acreditó que en el caso bajo estudio se hubiese presentado alguna vulneración al patrimonio público, entendido en los términos expuestos, de suerte que, al no aparecer probado ni la clase, ni las circunstancias, ni el monto de la violación alegada por el actor, habrá de confirmarse, también frente a este aspecto, lo resuelto por el Tribunal de primera instancia.

El actor también invoca como violados los derechos colectivos a la seguridad y salubridad públicas (lit. g art. 4 ley 472) y acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública (lit. h art. 4 ley 472), sin embargo frente a estos aspectos el actor tampoco se ocupó de demostrar los hechos de los que pretendía endilgar la alegada vulneración.

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 Política. 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 sí 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.

En el caso concreto que ocupa la atención de la Sala, como ya se señaló, no demostró el actor que se configurara 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, por lo que la Sala confirmará la sentencia apelada.

Reitera la Sala que, de una parte, el actor sencillamente se limitó a formular en su demanda unas apreciaciones generales, que utilizó de manera casi idéntica en los diferentes casos en los cuales ha ejercido la acción popular contra diversos municipios y, de otra parte, aparece en el expediente debidamente acreditada la existencia y conformación del Fondo, que el actor popular echa de menos.

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,

F A L L A

Primero: CONFÍRMASE la sentencia apelada, esto es aquella de 3 de noviembre de 2005 proferida por la Sección Segunda, Subsección A del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

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 GOMEZ
Presidente de la Sala

RUTH STELLA CORREA PALACIO

ALIER E. HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ

ENRIQUE GIL BOTERO
Ausente

RAMIRO SAAVEDRA BECERRA
Ausente

