

REGIMEN TARIFARIO EN SERVICIOS PUBLICOS – Principios / FONDO DE SOLIDARIDAD Y REDISTRIBUCION DE INGRESOS – En estos deben enviarse las transferencias que hagan las empresas de servicios públicos

En materia de servicios públicos domiciliarios la Ley 142 de 1994 estableció que el régimen tarifario estaría orientado por los criterios de eficiencia económica, neutralidad, solidaridad, redistribución, suficiencia financiera, simplicidad y transparencia (artículo 87) y definió que por “solidaridad y redistribución se entiende que al poner en práctica el régimen tarifario se adoptarán medidas para asignar recursos a “fondos de solidaridad y redistribución”, para que los usuarios de los estratos altos y los usuarios comerciales e industriales, ayuden a los usuarios de estratos bajos a pagar las tarifas de los servicios que cubran sus necesidades básicas” (87.3). Por su parte el artículo 89 ibídem, en cuanto a la aplicación de estos principios de solidaridad y redistribución de ingresos señaló que las comisiones de regulación exigirían gradualmente a todos quienes prestan servicios públicos que, al cobrar las tarifas que estén en vigencia al promulgarse la ley, distingan en las facturas entre el valor que corresponde al servicio y el factor que se aplicaría para dar subsidios a los usuarios de los estratos 1 y 2. Igualmente, definirían las condiciones para aplicarlos al estrato 3. Que los concejos municipales debían crear “fondos de solidaridad y redistribución de ingresos”, para incorporar en el presupuesto del municipio las transferencias que a dichos fondos deben hacer las empresas de servicios públicos, según el servicio de que se trate. Los recursos de dichos fondos serán destinados a dar subsidios a los usuarios de estratos 1, 2 y 3, como inversión social. A igual procedimiento y sistema se sujetarán los fondos distritales y departamentales que deberán ser creados por las autoridades correspondientes en cada caso.

FUENTE FORMAL: LEY 142 DE 1994

SUBSIDIOS A USUARIOS DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS – Límites. Conformación

Que los concejos municipales debían crear “fondos de solidaridad y redistribución de ingresos”, para incorporar en el presupuesto del municipio las transferencias que a dichos fondos deben hacer las empresas de servicios públicos, según el servicio de que se trate. Los recursos de dichos fondos serán destinados a dar subsidios a los usuarios de estratos 1, 2 y 3, como inversión social. A igual procedimiento y sistema se sujetarán los fondos distritales y departamentales que deberán ser creados por las autoridades correspondientes en cada caso. Igualmente estableció en el artículo 89.1, como presunción, que el factor aludido nunca sería superior al 20% del servicio y no se podrían incluir factores adicionales por concepto de ventas o consumo del usuario. Una vez se aplicaran las fórmulas tarifarias de que trata la ley, las comisiones sólo permitirían que el factor o factores que se han venido cobrando, se incluyan en las facturas de usuarios de inmuebles residenciales de los estratos 5 y 6, y en las de los usuarios industriales y comerciales. El destino de los recaudos de los factores se haría conforme al artículo 89.2. Ahora bien, el artículo 99 de la Ley 142 de 1994 señaló que las entidades a que se refiere el artículo 368 de la Constitución Política, pueden otorgar subsidios conforme con la siguiente fórmula: “99.6 La parte de la tarifa que refleje los costos de administración, operación y mantenimiento a que dé lugar el suministro será cubierta siempre por el usuario; la que tenga el propósito de recuperar el valor de las inversiones hechas para prestar el servicio podrá ser cubierta por los subsidios, y siempre que no lo sean, la empresa de servicios públicos podrá tomar todas las medidas necesarias para que los usuarios las cubran. En ningún caso el subsidio será superior al 15% del costo medio del

suministro para el estrato 3, al 40% del costo medio del suministro para el estrato 2, ni superior al 50% de éste para el estrato 1". De acuerdo con lo anterior, las normas constitucionales y legales prevén un beneficio para los usuarios de servicios públicos de menores recursos, traducido en el pago subsidiado de las tarifas de manera parcial de sus consumos básicos. Este subsidio se financia una parte con la tributación que recae sobre un sector de la población (factor) y el resto con cargo a otros recursos presupuestales de las entidades públicas.

NIVEL MINIMO DEL FACTOR DE APORTE SOLIDARIO DE LOS SERVICIOS DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO – El Gobierno no tiene facultad para determinarlo / POTESTAD REGLAMENTARIA DEL EJECUTIVO – Límites / FACTOR DE APORTE SOLIDARIO – Es un impuesto que debe ser establecido por el Congreso

Cabe preguntar si corresponde a esa metodología que el Gobierno haya establecido, mediante la norma demandada, que para cada uno de los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo, el nivel mínimo del factor de aporte solidario a que hace referencia el artículo 89.1 de la Ley 142 de 1994, será el siguiente: Usuarios Residenciales de estrato 5: (50%) Usuarios Residenciales de estrato 6: (60%) Usuarios Comerciales: (50%) Usuarios Industriales (30%)” La respuesta claramente es negativa. Si bien el artículo 2 de la Ley 632 de 2000 dispuso que debía lograrse y mantenerse un equilibrio entre el monto de las contribuciones y los subsidios mediante el ajuste del porcentaje que fuera necesario, dicho ajuste y, por ende, el equilibrio debían determinarse por una metodología que establecería el Gobierno Nacional. Sin embargo, el Gobierno, mediante la norma demandada, ajustó directamente el nivel mínimo del factor sin estar facultado para ello. Conforme a las normas legales invocadas, al Gobierno le correspondía establecer una metodología, esto es, un conjunto de métodos o procedimientos, para calcular el ajuste al porcentaje del factor con el fin de lograr y mantener el equilibrio entre las contribuciones y los subsidios, pero no le correspondía ajustar directamente ese porcentaje. En efecto, el Decreto acusado fue expedido por el Presidente de la República, en ejercicio de las facultades reglamentarias conferidas en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, con el fin de dar cumplimiento al artículo 2 de la ley 632 de 2000. Y como se observa, la norma que es objeto de reglamentación, mediante la disposición acusada, estableció que el Gobierno debía determinar una metodología para ajustar el porcentaje del factor y así lograr y mantener un equilibrio frente a los subsidios. Así mismo, la metodología radica en definir una forma o un método o serie de ellos para calcular los ingresos esperados por contribuciones y para estimar los egresos necesarios para atender los subsidios, de manera que ello dé lugar a la determinación de un porcentaje que, aplicado a las contribuciones, resulte el equilibrio esperado legalmente. Sin embargo, se repite, el Gobierno fijó unas tarifas mínimas sin ninguna metodología. Cuando el artículo 189 numeral 11 de la Constitución Política señala que el Presidente de la República debe ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes, atiende al principio de “necesidad” y excluye la posibilidad de establecer disposiciones nuevas o exceder el alcance de la Ley. En este caso lo excedió, como quedó visto. Además, no debe perderse de vista que el “factor” es un impuesto para cuyo establecimiento debe respetarse el principio de legalidad tributaria, conforme al cual, corresponde al Congreso de la República establecer contribuciones fiscales y, excepcionalmente contribuciones parafiscales, en las condiciones que establezca la Ley (150 -12 C.P.). El principio de legalidad es ratificado por el artículo 338 ibídem que señala que en tiempo de paz, solamente el Congreso, las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales pueden imponer contribuciones fiscales o parafiscales. La

ley, las ordenanzas y los acuerdos deben fijar, directamente, los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables, y las tarifas de los impuestos. Significa lo anterior que sólo los órganos de representación popular pueden establecer los impuestos y definir los elementos esenciales de los mismos. Pero en este caso, el Ejecutivo, so pretexto del ejercicio de la potestad reglamentaria, definió el porcentaje del factor de aporte solidario o de la contribución de solidaridad sin tener competencia para ello, ya que sólo había sido facultado para fijar una metodología.

CONTRIBUCIONES POR APORTE SOLIDARIO – La facultad de establecerlas la tienen los concejos municipales y distritales / SUBSIDIOS PARA USUARIOS DE SERVICIOS PUBLICOS - Las entidades del orden nacional, departamental, distrital o municipal deben cubrir la diferencia de los subsidios que no se pudieron cubrir con los fondos de solidaridad y redistribución de ingresos

Cuando la norma señala que los municipios y/o distritos pueden establecer contribuciones por aporte solidario, se debe entender que esa facultad corresponde constitucionalmente (artículo 338) y legalmente (artículo 2 Ley 632 de 2000 y 2 del Decreto 1013 de 2005) a los concejos municipales y distritales y no a los alcaldes. Lo anterior, no sólo por las razones normativas expuestas, sino porque la misma norma ordena sujeción en todo caso a la metodología establecida en el decreto 1013 de 2005, o a la norma que lo modifique o adicione, que como se vio, señala que es el concejo municipal o distrital la entidad que “conjuntamente con la aprobación del presupuesto del respectivo ente territorial, definirá el porcentaje de Aporte Solidario necesario para solventar dicho faltante”. Además, en el párrafo primero ratifica que es labor de los concejos municipales y/o distritales expedir los acuerdos que señalen los porcentajes de contribución por aporte solidario a aplicar en el respectivo municipio y/o distrito. La Constitución Política y la ley prevén un beneficio para los usuarios de servicios públicos de menores recursos, consistente en el pago subsidiado de las tarifas, de manera parcial, de sus consumos básicos. Este subsidio se financia: una parte con la tributación que recae sobre un sector de la población (factor) y el resto con cargo a otros recursos presupuestales de las entidades públicas. Estos subsidios tienen su origen constitucional en el artículo 368 según el cual 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. Legalmente esta disposición tiene desarrollo en el artículo 89.8 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 7 de la Ley 632 de 2000 que dispone que 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 nacional, departamental, distrital o municipal. 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. Como se observa, es clara la norma legal cuando señala que las entidades del orden nacional, departamental, distrital o municipal deben cubrir la diferencia de los subsidios que no se pudieron cubrir con los fondos de solidaridad y redistribución de ingresos. El Ejecutivo excedió su facultad reglamentaria cuando dispuso que esa diferencia sería cubierta por las personas públicas prestadoras de servicios públicos domiciliarios de agua, alcantarillado y aseo. De aceptarse la distinción que efectúa el reglamento implicaría considerar

que en aquellos municipios donde no existan personas públicas prestadoras de los mencionados servicios públicos, no habría lugar a cubrir ese déficit en la medida en que eliminó la obligación a cargo del municipio de recurrir a su propio presupuesto para tal fin.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 338 / LEY 632 DE 2000 – ARTICULO / DECRETO 1013 DE 2005 – ARTICULO 2

NORMA DEMANDADA: DECRETO 057 DE 2006 (12 de enero) MINISTERIO DE AMBIENTE, VIVIENDA Y DESARROLLO TERRITORIAL – ARTICULO 3 (Anulado) / DECRETO 057 DE 2006 (12 de enero) MINISTERIO DE AMBIENTE, VIVIENDA Y DESARROLLO TERRITORIAL – ARTICULO 5 INCISO 1 Y PARAGRAFO 1 (Anulado) / DECRETO 057 DE 2006 (12 de enero) MINISTERIO DE AMBIENTE, VIVIENDA Y DESARROLLO TERRITORIAL – ARTICULO 7 (Anulado) / DECRETO 2825 DE 2006 – ARTICULO 2 (Anulado)

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION CUARTA

Consejero Ponente: HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS

Bogotá D.C. veinticinco (25) de marzo dos mil diez (2010)

Radicación número: 11001-03-27-000-2006-00025-00(16078)

Actor: EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA E.S.P

Demandado: MINISTERIO DE MEDIO AMBIENTE Y DESARROLLO TERRITORIAL.

FALLO

La Sala decide la acción pública de nulidad instaurada por la **EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P.** contra los artículos 3, 5 (parcial) y 7 del Decreto 057 de 2006 expedido por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.

LOS ACTOS DEMANDADOS

1. Se demandan los artículos 3, 5 (parcial) y 7 del Decreto 057 de 2006 expedido por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial que disponen:

DECRETO 057 DE 2006
(enero 12)

MINISTERIO DE AMBIENTE, VIVIENDA Y DESARROLLO
TERRITORIAL.

Por el cual se establecen unas reglas para la aplicación del factor de aporte solidario para los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo.

El Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de las facultades constitucionales y legales, en especial de las conferidas por el artículo 189 numeral 11 de la Constitución Política, y por el artículo 2 de la Ley 632 de 2000

DECRETA:

ARTÍCULO 1°. ALCANCE. El presente Decreto aplica a todas las personas prestadoras de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo, así como a los municipios y distritos, como entes responsables de garantizar la prestación eficiente de los mencionados servicios.

ARTÍCULO 2°. ÁMBITO DE OPERACIÓN. Para efectos del presente decreto y en desarrollo de lo previsto en el inciso 3o del artículo 2o de la Ley 632 de 2000, se entenderá como ámbito de operación la totalidad de los municipios y/o distritos donde la persona prestadora del servicio cuente con suscriptores.

ARTÍCULO 3°. NIVEL MÍNIMO DEL FACTOR DE APOORTE SOLIDARIO. Para cada uno de los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo, el nivel mínimo del factor de aporte solidario a que hace referencia el artículo 89.1 de la Ley 142 de 1994, será el que se define a continuación:

Usuarios Residenciales de estrato 5: (50%)

Usuarios Residenciales de estrato 6: (60%)

Usuarios Comerciales: (50%)

Usuarios Industriales (30%)

Artículo 4°. [...].

ARTÍCULO 5°. ESFUERZO LOCAL PARA EL OTORGAMIENTO DE SUBSIDIOS. Los Municipios y/o Distritos podrán establecer contribuciones por aporte solidario superiores al mínimo señalado en el artículo 3° del presente decreto o recurrir a las fuentes adicionales de recursos para contribuciones señaladas en el artículo 3° del Decreto 849 de 2002 y demás normas concordantes, sujetándose en todo caso a la metodología establecida en el decreto 1013 de 2005 o a la norma que lo modifique o adicione.

Parágrafo 1. A partir de la fecha de publicación del presente decreto, cuando los concejos municipales y/o distritales no hayan expedido acuerdos señalando los porcentajes de contribución por aporte solidario a aplicar en el respectivo municipio y/o distrito, y hasta tanto se expida el mismo, la persona prestadora aplicará como factor de aporte solidario el mayor porcentaje entre el nivel mínimo establecido en el artículo 3° del presente decreto y aquel aplicado en sus tarifas vigentes a diciembre de 2005.

Parágrafo 2. [...].

ARTÍCULO 6°. Cuando no se haya logrado el equilibrio entre subsidios y contribuciones, podrán seguirse, entre otros, cualquiera de los siguientes procedimientos o su combinación, a fin de procurar el mencionado equilibrio:

1. El Alcalde municipal o distrital, podrá solicitar a la empresa prestadora que se apliquen los porcentajes de subsidios que este defina, para lo cual deberá comprometerse a cubrir los faltantes generados.

2. Las personas prestadoras podrán aplicar, como política comercial, los niveles de subsidios que, dentro de los topes establecidos en la norma vigente, consideren apropiados, para lo cual podrán establecer transiciones sin poner en riesgo su suficiencia financiera.

3. El municipio o distrito de manera conjunta con las personas prestadoras, podrá acordar alternativas para ajustar los subsidios en el tiempo, de acuerdo con las condiciones de disponibilidad de recursos.

ARTÍCULO 7°. Si, una vez aplicados los procedimientos mencionados en el artículo anterior no se lograre el equilibrio entre subsidios y contribuciones, durante los seis meses siguientes a la entrada en vigencia del presente decreto, las personas públicas prestadoras de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo asumirán dentro de su ámbito de operación, los montos que permitan lograr dicho equilibrio, tomando como referente el porcentaje de los subsidios aplicados a diciembre de 2005 en los correspondientes municipios y/o distritos.

2. Se demanda el artículo 2 del Decreto 2825 de 2006, del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, que modificó el artículo 7 del Decreto 057 de 2006:

DECRETO 2825 DE 2006
(agosto 23)

MINISTERIO DE AMBIENTE, VIVIENDA Y DESARROLLO
TERRITORIAL

Por el cual se modifican los artículos 4º y 7º del Decreto 057 del 12 de enero de 2006.

El Presidente de la República de Colombia, en ejercicio de las facultades constitucionales y legales, en especial de las conferidas por el artículo 189 numeral 11 de la Constitución Política, y por el artículo 2 de la Ley 632 de 2000

DECRETA:

ARTÍCULO 1º. [...]

ARTÍCULO 2º. Modificar el artículo 7 del Decreto 057 del 12 de enero de 2006, el cual quedará así:

ARTÍCULO 7º. Si, una vez aplicados los procedimientos mencionados en el artículo anterior no se lograre el equilibrio entre subsidios y

contribuciones, hasta el 31 de diciembre de 2006, las personas públicas prestadoras de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo, asumirán dentro de su ámbito de operación, los montos que permitan lograr dicho equilibrio, tomado como referente el porcentaje de los subsidios aplicados a diciembre de 2005 en los correspondientes municipios y/o distritos”.

LA DEMANDA

El actor invocó como normas violadas los artículos 13, 150 numeral 12, 189 numeral 11, 287, 300 numeral 4, 313 numeral 4 y 338 de la Constitución Política; 2 y 7 de la Ley 632 de 2000; 2 numeral 2.6, 3 numeral 3.9, 30, 74 numeral 74.2 literal “a”, 87 numerales 87.1 y 87.4, 92, 94, 148 y 163 de la Ley 142 de 1994.

El concepto de la violación se puede resumir así:

Exceso de la potestad reglamentaria del Gobierno Nacional. Violación del principio de legalidad.

Adujo que mediante el **artículo 3 del Decreto 057 de 2006** el Gobierno Nacional estableció el nivel mínimo del factor del aporte solidario a que se refiere el artículo 89.1 de la Ley 142 de 1994. Sin embargo, se facultó al Gobierno Nacional para fijar la metodología que debían seguir las empresas prestadoras de los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo para que las contribuciones de solidaridad de los usuarios de estratos 5 y 6, y de los industriales y comerciantes pudieran contribuir a lograr el equilibrio con los subsidios que dieran las empresas a sus usuarios. En efecto, el artículo 2 de la Ley 632 de 2000 no le otorgó al ejecutivo la facultad de modificar la tarifa de la “contribución de solidaridad”, sino de fijar esa metodología.

Señaló que la metodología consiste en definir una forma de calcular los ingresos esperados por contribuciones o por aportes presupuestales y de calcular los egresos necesarios para atender los subsidios.

Por ello, el ajuste de las contribuciones para pagar los subsidios es algo que debe hacerse según las circunstancias específicas de las empresas, es decir, al monto preciso de los subsidios que hayan de repartir. El propósito es alcanzar el equilibrio y no generar superávits fiscales. Sin embargo, las tarifas mínimas establecidas en la norma demandada no aseguran el cumplimiento de la Ley 632 o son apenas suficientes para lograr el equilibrio. Son tarifas rígidas, mínimas y generales que, aunque en algunos casos pueden llevar al equilibrio de la empresa, en otros pueden generar excedentes.

Dijo que la Corte Constitucional en sentencias C -566 de 1995 y C – 086 de 1998 precisó que el “factor” aplicado a los usuarios de los estratos altos es de naturaleza tributaria, concretamente un impuesto, ya que es una “erogación obligatoria destinada a una finalidad pública, específica y sin contraprestación”. En consecuencia, en virtud del principio de legalidad tributaria, sólo las corporaciones de representación popular pueden establecerlo. El Consejo de Estado también ha considerado que el “factor” o “recargo tarifario” es un impuesto (Consulta de 11 de abril de 2002).

Manifestó que el **inciso 1 del artículo 5 del Decreto 057 de 2006** otorga a los municipios y/o distritos la facultad de establecer contribuciones de aportes solidarios superiores al mínimo señalado en el artículo 3 ibídem para conceder

subsidios, lo que viola no sólo el principio de legalidad tributaria sino el ejercicio de la potestad reglamentaria.

En primer lugar, el Gobierno Nacional no puede conferir a los municipios y distritos una facultad impositiva que no tiene. Tampoco fue autorizado por la Ley 632 de 2000 para hacerlo. En segundo término, las autoridades territoriales sólo pueden establecer tributos dentro de los límites de la Constitución y la ley y, en este caso, se le otorga una competencia tributaria a tales autoridades por fuera de esos límites.

Señaló que el artículo 2 de la Ley 632 de 2000 concedió la facultad de fijar una metodología para determinar la forma de emplear la contribución de manera que alcance el suficiente equilibrio con los subsidios a los usuarios de los servicios públicos. Adujo que esa facultad no incluye la de indicar qué autoridades territoriales o cuáles autoridades pueden modificar las tarifas de esas contribuciones.

En cuanto al **parágrafo 1 del artículo 5 del Decreto 057 de 2006** manifestó que usurpa las funciones del legislador en virtud del principio de legalidad, pues otorga a las personas prestadoras de servicios públicos la facultad de modificar la tarifa de las contribuciones de solidaridad.

Las normas constitucionales citadas señalan que sólo los órganos colegiados de elección popular pueden dar a una entidad pública una facultad de naturaleza tributaria. En consecuencia, el Gobierno Nacional no podía otorgar esa facultad a las entidades prestadoras de servicios públicos. Si bien los municipios pueden determinar qué estratos, del 1 al 3, pueden ser subsidiados, no pueden modificar los elementos básicos de la contribución. El Gobierno Nacional sólo tenía la facultad de establecer la metodología y no de otorgar la facultad a tales entidades para modificar las tarifas.

Respecto al **artículo 7 del Decreto 057 de 2006** dijo que las personas públicas prestadoras de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo deberán asumir, dentro de su ámbito de operación, en caso de que no se logre el equilibrio entre subsidios y contribuciones, los montos que permitan lograr el equilibrio. Sin embargo, aplicó el numeral 89.8 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 7 de la Ley 632 de 2000 a sujetos diferentes de los allí indicados que son las entidades del orden municipal, distrital, departamental o nacional (ministerios, secretarías departamentales, distritales y municipales y quizás establecimientos públicos).

Adujo que si se examina el contexto de la Ley 142 de 1994 es imposible aplicar a las personas públicas prestadoras de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo la regla del numeral 89.8 ibídem y, menos, hacerlo de manera exclusiva.

Señaló que cuando la Ley 142 de 1994 se refiere a los prestadores de servicios públicos lo hace de manera expresa e inequívoca, bien sea como “empresas” o “entidades prestadoras” o “entidad” que “presta”, pero nunca a “entidades” para referirse a las “prestadoras de servicios públicos”. Además, en la Ley 142 es claro que los subsidios provienen de las “autoridades” y las empresas son las que facilitan a los usuarios el acceso a esos servicios, pero nada más.

Manifestó que en el servicio público de telefonía, por ejemplo, se dispone (numeral 74.3 de la Ley 142) que cuando los “fondos de solidaridad y redistribución de ingresos” no tienen recursos para atender el pago de todos los subsidios debidos,

el déficit resultante debe ser financiado por “ingresos ordinarios de la Nación y de las entidades territoriales”. Entonces no es razonable que el legislador haya usado esa solución para el servicio de telefonía y la haya rechazado en el servicio de acueducto, alcantarillado y aseo.

Enfatizó en que el artículo 368 de la Constitución Política faculta a la Nación, a los departamentos, a los distritos, a los municipios y a las entidades descentralizadas para conceder recursos en sus presupuestos para financiar subsidios. Las únicas entidades descentralizadas cuyos recursos provienen del “presupuesto” y “cuyos presupuestos” son objeto de una regulación especial en la Ley Orgánica del Presupuesto son los establecimientos públicos y algunas entidades sui generis asimiladas a ellos.

Dijo que el artículo demandado establece, en consecuencia, a cargo de tales entidades prestadoras de servicios, un tributo, porque las obliga a pagar, con sus propios recursos y sin contraprestación, la diferencia entre los subsidios pagados y las contribuciones recaudadas, siendo que esa diferencia debe ser financiada con recursos de la Nación, los departamentos y los municipios.

Como es un gasto al que no está obligado el sector privado, para los prestadores del sector público se les imposibilita una competencia real con ellos, pues se les dificulta lograr “suficiencia financiera” y “eficiencia económica”.

Señaló que el artículo demandado obstaculiza las reglas establecidas con criterio comercial por la Ley 142 de 1994 sobre las tarifas que pueden cobrar los prestadores de servicios públicos. Que estas reglas persiguen que las empresas puedan recuperar a través de las tarifas los costos en los que incurren, y asegurar una rentabilidad razonable a sus propietarios (numeral 87.4). Esto redundaría en la supervivencia de las empresas y en la continuidad en la prestación del servicio. También persiguen que los costos que las empresas recuperan a través de sus tarifas reflejen un uso eficiente de los recursos escasos de los que disponen (suficiencia financiera).

Explicó que la eficiencia económica consiste en que el régimen de tarifas procura que éstas se aproximen a lo que serían los precios de un mercado competitivo. Por lo tanto, sería contrario a tal propósito que se les permitiera a las empresas prestadoras de servicios públicos incorporar en las tarifas los costos de la financiación del déficit en subsidios.

Si la empresa prestadora del servicio tiene un superávit inferior al monto del tributo que se le impone, no podrá pagar los subsidios y quedará sin recursos para financiar inversiones. Esto reducirá su capacidad de competir con las empresas privadas. Y, en el caso de que el superávit fuera suficiente para pagar los subsidios, no le quedaría capacidad de inversión y nuevamente los competidores privados le quitaran mercado. Lo anterior implica imposibilidad en la “cumplida ejecución” de la promoción de la competencia, el abuso de la posición dominante y las prácticas no discriminatorias.

Manifestó que aunque el artículo 7 del Decreto 057 de 2006 fue modificado por el artículo 2 del Decreto 2825 de 2006, en cuanto al término en que se debe lograr el equilibrio entre los subsidios y las contribuciones (31 de diciembre de 2006), se debe estudiar su legalidad así haya tenido vigencia por poco tiempo.

Dijo que el **artículo 2 del Decreto 2825 de 2006** es nulo por las mismas razones del artículo 7 que modificó, pues señala la misma consecuencia: las entidades

prestadoras deben financiar con sus propios recursos los faltantes para lograr el equilibrio entre subsidios y contribuciones.

La contestación a la demanda

El **Ministerio de Medio Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial**, solicitó que se negaran las pretensiones del actor con base en los siguientes argumentos:

Adujo que el artículo 3 del Decreto 057 de 2006 fue expedido en ejercicio de la facultad reglamentaria para dar cumplimiento a uno de los fines del Estado: garantizar la prestación eficiente de los servicios públicos a todos los habitantes del territorio, para lo cual se deben buscar mecanismos que permitan asegurar que las personas de menores ingresos puedan acceder a los servicios públicos domiciliarios.

Que en virtud de la Ley 632 de 2000 el Gobierno Nacional mediante el Decreto 1013 de 2005 estableció el procedimiento para reducir el déficit existente entre el monto de las contribuciones y los subsidios de los usuarios de menores ingresos. Como se estableció que durante el periodo 2001-2004 se dio un desequilibrio entre aportes solidarios y subsidios a nivel nacional cercano a los 181.774 mil millones de pesos, según estudios de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el Gobierno, con el ánimo de evitar esta situación y de buscar instrumentos que aseguren la prestación eficiente de los servicios públicos, bajo el principio de solidaridad, expidió el Decreto 057 de 2006 como complemento a la metodología señalada en el Decreto 1013 de 2005.

Así, dentro de las facultades de establecer una metodología para obtener el equilibrio, el artículo 3 demandado estableció un nivel mínimo del factor de aporte solidario aplicable a los usuarios de los estratos 5 y 6, comerciales e industriales, como instrumento o mecanismo para buscar ese equilibrio. Esto no significa definición de tarifa alguna, sino de reglas mínimas.

Si bien la contribución de solidaridad en los servicios públicos de agua potable y saneamiento básico tiene la naturaleza de "impuesto", no se puede tener como referente la sentencia C-086 de 1998 porque ésta se refirió exclusivamente a las contribuciones de solidaridad en los servicios de energía eléctrica, gas combustible y telefonía básica.

Señaló que en el inciso primero y el párrafo primero del artículo 5 del Decreto demandado no asignan competencias nuevas a los municipios y a los distritos. Que, estos entes siempre han tenido la facultad de buscar y lograr los esfuerzos presupuestales requeridos para hacer posible un verdadero acceso de los usuarios de menores ingresos a los servicios públicos domiciliarios. Que, en ese sentido, el artículo 368 de la Constitución Política faculta a los concejos municipales y distritales a disponer de los recursos necesarios para la asignación de subsidios.

Señaló que el Decreto 057 de 2006 tuvo por objeto complementar la metodología establecida en el Decreto 1013 de 2005 en los eventos en que los concejos municipales o distritales no hubieran expedido los acuerdos sobre los porcentajes a aplicar de la contribución por aporte solidario. Que con ello se pretende garantizar la efectiva realización del "Estado Social de Derecho" y del principio de "Solidaridad". Es decir, que los dos decretos forman una unidad normativa.

En relación con la ilegalidad que acusa la demandante del artículo 7 del Decreto 57 de 2006, adujo que en ningún caso el Gobierno Nacional confundió a cargo de quiénes está la obligación impositiva de los subsidios según la ley. Para lograr la debida ejecución de la Ley 632 de 2000 y para materializar el precepto constitucional según el cual “es deber del Estado asegurar su prestación eficiente, a todos los habitantes del territorio nacional...”, el Gobierno realizó una intervención en la economía de las entidades del Estado sin afectar la suficiencia financiera y la eficiencia económica. Dijo que hay que resaltar que las ESP oficiales son el mismo Estado y están en la obligación de solucionar las necesidades básicas insatisfechas de sus habitantes en materia de servicios públicos y tienen en su fin mismo el servicio público y social, lo que, favorece los intereses generales de la comunidad y suprime la desigualdad social.

Iguales argumentos expuso la demandada en relación con la legalidad del artículo 2 del Decreto 2825 de 2006.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La **demandante** reafirmó los argumentos de la demanda y advirtió que la Sección Tercera del Consejo de Estado mediante sentencia de 19 de abril de 2007 calificó los Decretos 1013 de 2005 y 057 de 2006 como inconstitucionales e ilegales por razones similares a las expuestas en la demanda¹.

En réplica a los argumentos expuestos en la contestación a la demanda señaló que no se trataba de definir si hubo déficit nacional entre las contribuciones y los subsidios, ni por qué monto, tampoco si es deber del Gobierno buscar un remedio para ese déficit. Lo que se discute es si el remedio establecido en las normas demandadas es constitucional y legal.

Señaló la facultad de establecer la metodología para determinar el equilibrio entre las contribuciones y los subsidios debe ser reglamentaria y mediante su ejercicio no se permite modificar ninguno de los elementos de un tributo, como en el caso del artículo 3 del Decreto 057 de 2006 que modificó las tarifas de la contribución de solidaridad. Señaló que la facultad reglamentaria no es ilimitada. Que la falta de recursos no se soluciona con la adopción de disposiciones tributarias por decreto, así sea para conseguir los fines del Estado Social de Derecho, el que también requiere que sus normas tributarias se ajusten a la Constitución.

Insistió en que el Ministerio no puede decir que el nivel mínimo del factor del aporte solidario no es la tarifa del impuesto. Dijo que sí era la tarifa que fue fijada por la Ley 142 de 1994 (89.1) y las normas concordantes. Que tampoco era válido afirmar que las normas demandadas desarrollan el principio de solidaridad, pues el Consejo de Estado ha señalado que en materia tributaria ese principio no corresponde al Gobierno sino al Congreso (Consulta del 11 de abril de 2002).

Manifestó que la Ley 632 de 2000 no facultó al Gobierno para suplir la real o supuesta inactividad de los concejos y adoptar cualquier instrumento para lograr el equilibrio entre las contribuciones y los subsidios que incluyera la modificación de las tarifas. Tampoco para imponer a las entidades prestadoras de servicios públicos oficiales una carga discriminatoria, un tributo.

El **demandado** reiteró los argumentos de la contestación de la demanda e insistió en que el Gobierno Nacional fue legítimamente facultado por la Ley 632 de 2000

¹ Exp. 2004-00788-01.

para expedir la “metodología” que lograra obtener el equilibrio entre las contribuciones y los subsidios, sin que estuviera limitado para la búsqueda de instrumentos que permitan lograrlo. Que con este fin se expidieron los Decretos 1013 de 2005 y 057 de 2006, que forman una unidad jurídica.

El **Ministerio Público** solicitó que se declarara la nulidad de los artículos 7 del Decreto 057 de 2006 y 2 del Decreto 2825 de 2006 y se negaran las demás pretensiones de la demanda por las siguientes razones:

Conforme a los artículos 86 y 89 de la Ley 142 de 1994, 2 de la Ley 632 de 2000 y el Decreto 1013 de 2005 el ajuste ordenado por la ley para mantener el equilibrio mediante la metodología del Gobierno se materializa cuando el concejo municipal define el porcentaje de aporte solidario y las empresas prestadoras deben proceder a aplicarlo, debidamente discriminado en la respectiva factura. Como el Decreto 1013 de 2005 no indicó ninguna cifra de ajuste, el Decreto 057 de 2006 llevó a cabo esa finalidad. En consecuencia, dijo que no era nulo el artículo 3 del Decreto 057 de 2006 porque estableció unos porcentajes mínimos clasificados por estratos y no sobrepasó el máximo permitido como contribución (20%). Sólo efectuó los ajustes necesarios para obtener los recursos que permitieran mantener el equilibrio entre contribuciones y subsidios.

Adujo que la agrupación por estratos como metodología para determinar el porcentaje de contribución no viola la Constitución Política y responde a los principios de solidaridad y redistribución de ingresos (C-252 de 1997).

De la misma manera, cuando el artículo 5 inciso 1 del Decreto 017 de 2001 dispone que los municipios pueden establecer contribuciones superiores a los mínimos indicados en el artículo 3, corresponde al ejercicio de la facultad conferida por la Ley 632 de 2000 para ajustar el porcentaje máximo del factor de contribución, sólo que para tal efecto, el Gobierno delegó en el municipio tal fijación sin que sea un señalamiento de tarifas como lo señala el actor.

Manifestó que el párrafo 1 del artículo 5 del mismo decreto tampoco era ilegal. Que el Gobierno simplemente busca evitar la ausencia de recursos para mantener el equilibrio entre contribuciones y subsidios mientras el concejo expide el acuerdo respectivo. Esto no significa que sean las empresas prestadoras las que imponen la tarifa de contribución como lo afirma el actor, puesto que esta se encuentra determinada por la Ley (art. 89.1)

Dijo que en cambio, el artículo 7 del Decreto demandado era ilegal. Que la Corte Constitucional, cuando definió el carácter de impuesto de dicho “factor”, precisó que según la ley había dos mecanismos para que la población de escasos recursos accediera a los servicios públicos: el primero, mediante subsidios de la Nación y el presupuesto de las entidades territoriales (artículos 99 y 100 Ley 142 de 1994); y el segundo, el recargo en la tarifa del servicio para los estratos 5 y 6 y de los sectores industriales y comerciales (sentencia C- 086 de 1998).

Es decir, la Ley 142 de 1994 no consagra la posibilidad de que las empresas públicas prestadoras de servicios asuman la diferencia entre subsidios y contribuciones, por el contrario, respecto de esa diferencia, en el numeral 89.8 se prevé claramente que sea con recursos del presupuesto del orden nacional, departamental, distrital o municipal que se solvante el faltante de los fondos de solidaridad para cubrir la totalidad de los subsidios. Adujo que una cosa es que las personas públicas prestadoras de servicios públicos estén constituidas en un

100% con aportes de la Nación y otra es que, por este hecho, deban asumir con sus recursos las cargas para financiar los subsidios.

Dijo que por tal razón, el artículo 7 acusado y el artículo 2 del Decreto 2825 de 2006 que lo modificó vulneran las normas superiores invocadas y se deben anular.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Corresponde a la Sala decidir la acción pública de nulidad contra los artículos 3, 5 (inciso 1 y parágrafo 1) y 7 del Decreto 057 de 2006 por el cual se establecen unas reglas para la aplicación del factor de aporte solidario para los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo y contra el artículo 2 del Decreto 2825 de 2006 que modificó el artículo 7 del Decreto 057 de 2006. Concretamente, la Sala debe analizar si el Gobierno Nacional excedió la potestad reglamentaria y si violó el principio de legalidad de los tributos.

1. Nulidad del artículo 3 del Decreto 057 de 2006

La norma demandada dispone:

“ARTÍCULO 3o. NIVEL MÍNIMO DEL FACTOR DE APOORTE SOLIDARIO. Para cada uno de los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo, el nivel mínimo del factor de aporte solidario a que hace referencia el artículo 89.1 de la Ley 142 de 1994, será el que se define a continuación:

Usuarios Residenciales de estrato 5: (50%)
Usuarios Residenciales de estrato 6: (60%)
Usuarios Comerciales: (50%)
Usuarios Industriales (30%)”

A juicio de la demandante el “factor” a que se refiere esta disposición es de naturaleza tributaria, concretamente un impuesto. Que en consecuencia y en virtud del principio de legalidad tributaria, sólo las corporaciones de representación popular pueden establecerlo. Que el artículo 2 de la Ley 632 de 2000 sólo otorgó al Gobierno Nacional la facultad de fijar la metodología que debían seguir las empresas prestadoras de los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo para que las contribuciones de solidaridad de los usuarios de estratos 5 y 6, y de los industriales y comerciantes pudieran contribuir a lograr el equilibrio con los subsidios que dieran las empresas a sus usuarios.

Pues bien, en materia de servicios públicos domiciliarios la Ley 142 de 1994 estableció que el régimen tarifario estaría orientado por los criterios de eficiencia económica, neutralidad, solidaridad, redistribución, suficiencia financiera, simplicidad y transparencia (artículo 87) y definió que por “solidaridad y redistribución se entiende que al poner en práctica el régimen tarifario se adoptarán medidas para asignar recursos a "fondos de solidaridad y redistribución", para que los usuarios de los estratos altos y los usuarios comerciales e industriales, ayuden a los usuarios de estratos bajos a pagar las tarifas de los servicios que cubran sus necesidades básicas” (87.3).

Por su parte el artículo 89 ibídem, en cuanto a la aplicación de estos principios de solidaridad y redistribución de ingresos señaló que las comisiones de regulación exigirían gradualmente a todos quienes prestan servicios públicos que, al cobrar las tarifas que estén en vigencia al promulgarse la ley, distingan en las facturas

entre el valor que corresponde al servicio y el factor que se aplicaría para dar subsidios a los usuarios de los estratos 1 y 2. Igualmente, definirían las condiciones para aplicarlos al estrato 3.

Que los concejos municipales debían crear "fondos de solidaridad y redistribución de ingresos", para incorporar en el presupuesto del municipio las transferencias que a dichos fondos deben hacer las empresas de servicios públicos, según el servicio de que se trate. Los recursos de dichos fondos serán destinados a dar subsidios a los usuarios de estratos 1, 2 y 3, como inversión social. A igual procedimiento y sistema se sujetarán los fondos distritales y departamentales que deberán ser creados por las autoridades correspondientes en cada caso.

Igualmente estableció en el artículo 89.1, como presunción, que el factor aludido nunca sería superior al 20% del servicio y no se podrían incluir factores adicionales por concepto de ventas o consumo del usuario. Una vez se aplicaran las fórmulas tarifarias de que trata la ley, las comisiones sólo permitirían que el factor o factores que se han venido cobrando, se incluyan en las facturas de usuarios de inmuebles residenciales de los estratos 5 y 6, y en las de los usuarios industriales y comerciales. El destino de los recaudos de los factores se haría conforme al artículo 89.2.

Ahora bien, el artículo 99 de la Ley 142 de 1994 señaló que las entidades a que se refiere el artículo 368 de la Constitución Política, pueden otorgar subsidios conforme con la siguiente fórmula: "99.6 La parte de la tarifa que refleje los costos de administración, operación y mantenimiento a que dé lugar el suministro será cubierta siempre por el usuario; la que tenga el propósito de recuperar el valor de las inversiones hechas para prestar el servicio podrá ser cubierta por los subsidios, y siempre que no lo sean, la empresa de servicios públicos podrá tomar todas las medidas necesarias para que los usuarios las cubran. En ningún caso el subsidio será superior al 15% del costo medio del suministro para el estrato 3, al 40% del costo medio del suministro para el estrato 2, ni superior al 50% de éste para el estrato 1".

De acuerdo con lo anterior, las normas constitucionales y legales prevén un beneficio para los usuarios de servicios públicos de menores recursos, traducido en el pago subsidiado de las tarifas de manera parcial de sus consumos básicos. Este subsidio se financia una parte con la tributación que recae sobre un sector de la población (factor) y el resto con cargo a otros recursos presupuestales de las entidades públicas.

Como lo señaló la Corte Constitucional mediante sentencia C-566 de 1995 "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)".

Sobre la naturaleza jurídica del "factor" o "contribución" la Corte Constitucional en sentencia C-086 de 1998 precisó:

"En esta ley (142 de 1994), el legislador, haciendo uso de la atribución constitucional a que se ha hecho referencia, estableció dos mecanismos para lograr que, con tarifas por debajo de los costos reales

del servicio, la población de escasos recursos pudiese acceder a los diversos servicios públicos domiciliarios, y cumplir así con los principios de solidaridad y redistribución del ingreso que impone la Constitución en esta materia.

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

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

Dadas las características de este recargo, considera la Corte que éste es un impuesto con una destinación específica, independiente de la forma como ha sido denominado por las distintas leyes”.

Ahora bien, mediante la Ley 632 de 2000, que modificó la Ley 142 de 1994, se estableció (artículo segundo) que en relación con los subsidios y contribuciones para los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo, “las entidades prestadoras de estos servicios deberán alcanzar los límites establecidos en el artículo 99.6 de la Ley 142 de 1994, en materia de subsidios, en el plazo, condiciones y celeridad que establezca, antes del 28 de febrero de 2001, la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico. En ningún caso, el período de transición podrá exceder el 31 de diciembre del año 2005 ni el desmonte de los subsidios realizarse en una proporción anual inferior a la quinta parte del desmonte total necesario. En todo caso, una vez superado el período de transición aquí establecido no se podrán superar los factores máximos de subsidios establecidos en la Ley 142 de 1994. Para las entidades prestadoras de estos servicios, **el factor a que se refiere el artículo 89.1 de la Ley 142 de 1994 se ajustará al porcentaje necesario para asegurar que el monto de las contribuciones sea suficiente para cubrir los subsidios que se apliquen, de acuerdo con los límites establecidos en dicha ley, y se mantenga el equilibrio. Las entidades prestadoras destinarán los recursos provenientes de la aplicación de este factor para subsidios a los usuarios atendidos por la entidad, dentro de su ámbito de operaciones. El Gobierno Nacional establecerá la metodología para la determinación de dicho equilibrio**” (Subraya la Sala).

Es decir, en virtud de la Ley 632 de 2000 el valor de las contribuciones consagradas en el artículo 89.1 de la Ley 142 de 1994 deben ser suficientes para cubrir los subsidios que se otorguen, además se debe mantener ese equilibrio.

Pues bien, el Decreto demandado fue expedido en virtud de la facultad de establecer la metodología para la determinación de ese equilibrio, conforme al artículo 2 de la citada Ley.

Entonces cabe preguntar si corresponde a esa metodología que el Gobierno haya establecido, mediante la norma demandada, que para cada uno de los servicios

de acueducto, alcantarillado y aseo, el nivel mínimo del factor de aporte solidario a que hace referencia el artículo 89.1 de la Ley 142 de 1994, será el siguiente:

Usuarios Residenciales de estrato 5: (50%)
Usuarios Residenciales de estrato 6: (60%)
Usuarios Comerciales: (50%)
Usuarios Industriales (30%)”

La respuesta claramente es negativa. Si bien el artículo 2 de la Ley 632 de 2000 dispuso que debía lograrse y mantenerse un equilibrio entre el monto de las contribuciones y los subsidios mediante el ajuste del porcentaje que fuera necesario, dicho ajuste y, por ende, el equilibrio debían determinarse por una metodología que establecería el Gobierno Nacional. Sin embargo, el Gobierno, mediante la norma demandada, ajustó directamente el nivel mínimo del factor sin estar facultado para ello.

Conforme a las normas legales invocadas, al Gobierno le correspondía establecer una metodología, esto es, un conjunto de métodos o procedimientos, para calcular el ajuste al porcentaje del factor con el fin de lograr y mantener el equilibrio entre las contribuciones y los subsidios, pero no le correspondía ajustar directamente ese porcentaje.

En efecto, el Decreto acusado fue expedido por el Presidente de la República, en ejercicio de las facultades reglamentarias conferidas en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, con el fin de dar cumplimiento al artículo 2 de la ley 632 de 2000. Y como se observa, la norma que es objeto de reglamentación, mediante la disposición acusada, estableció que el Gobierno debía determinar una metodología para ajustar el porcentaje del factor y así lograr y mantener un equilibrio frente a los subsidios.

Así mismo, la metodología radica en definir una forma o un método o serie de ellos para calcular los ingresos esperados por contribuciones y para estimar los egresos necesarios para atender los subsidios, de manera que ello dé lugar a la determinación de un porcentaje que, aplicado a las contribuciones, resulte el equilibrio esperado legalmente. Sin embargo, se repite, el Gobierno fijó unas tarifas mínimas sin ninguna metodología.

Ahora bien, el Ministerio de Ambiente, en la contestación a la demanda, precisó que el Gobierno, mediante el Decreto 1013 de 2005, estableció el procedimiento para reducir el déficit entre las contribuciones y los subsidios. Y que como la Superintendencia de Servicios Públicos estableció que durante el 2001 al 2004 se presentó un desequilibrio entre aportes solidarios y subsidios a nivel nacional cercano a los 181.774 mil millones de pesos, el Gobierno, con el ánimo de evitar esta situación y de buscar instrumentos para asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos bajo el principio de solidaridad, expidió el Decreto 057 de 2006 como complemento a la metodología señalada en el Decreto 1013 de 2005. Lo cual no significó definición de tarifa alguna, sino de reglas mínimas.

Para la Sala el argumento expuesto como defensa del acto demandado confirma su ilegalidad. En efecto, el Decreto 1013 de 2005 fue expedido por el Gobierno Nacional en virtud del artículo 2 de la Ley 632 de 2000 para establecer la metodología para la determinación del equilibrio entre los subsidios y las contribuciones para los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo.

La metodología fue la siguiente (artículo 2):

- Se debe llevar a cabo cada año para asegurar que para cada uno de los servicios, el monto total de las diferentes clases de contribuciones sea suficiente para cubrir el monto total de los subsidios que se otorguen en cada Municipio o Distrito por parte del respectivo concejo municipal o distrital, según sea el caso, y se mantenga el equilibrio.

- Antes del 15 de julio de cada año, todas las personas prestadoras de cada uno de los mencionados servicios, de acuerdo con la proyección de usuarios y consumos, la estructura tarifaria vigente, y el porcentaje o factor de Aporte Solidario aplicado en el año respectivo, deben presentar al Alcalde, por conducto de la dependencia que administra el Fondo de Solidaridad y Redistribución de Ingresos del respectivo Municipio o Distrito, una estimación para el año siguiente del monto total de los recursos potenciales a recaudar por concepto de Aportes Solidarios, así como la información del número total de usuarios atendidos, discriminados por servicio, estrato y uso, y para los servicios de acueducto y alcantarillado, la desagregación de consumos y vertimientos, respectivamente, según rango básico, complementario o suntuario. En el servicio de aseo se reportan adicionalmente los resultados del aforo de los Grandes Generadores y la información de los Pequeños Productores y Multiusuarios que lo hayan solicitado.

- Las personas prestadoras de cada uno de estos servicios, de acuerdo con la estructura tarifaria vigente y con los porcentajes de subsidios otorgados para el año respectivo por el Municipio o Distrito, deben estimar cada año los montos totales de la siguiente vigencia correspondientes a la suma de los subsidios necesarios a otorgar por estrato y para cada servicio.

- Con la información así obtenida, las personas prestadoras de cada uno de estos servicios deben establecer el valor de la diferencia entre el monto total de subsidios requerido para cada servicio y la suma de los Aportes Solidarios a facturar, cuyo resultado debe representar el monto total de los recursos necesarios para obtener el equilibrio.

- Con base en dicho resultado, las personas prestadoras de los servicios deben presentar la solicitud del monto requerido para cada servicio al Alcalde municipal o Distrital, según sea el caso, por conducto de la dependencia que administra el Fondo de Solidaridad y Redistribución de Ingresos.

- Recibida por parte del Alcalde Municipal o Distrital la solicitud o solicitudes las debe analizar y debe preparar un proyecto consolidado sobre el particular para ser presentado a discusión y aprobación del **Concejo Municipal o Distrital**, quien, **conjuntamente con la aprobación del presupuesto del respectivo ente territorial, definirá el porcentaje de Aporte Solidario necesario para solventar dicho faltante**, teniendo en consideración prioritariamente los recursos con los que cuenta y puede contar el Municipio o Distrito en el Fondo de Solidaridad y Redistribución de Ingresos, con base en las fuentes de recursos para contribuciones señaladas en el Artículo 3 del Decreto 849 de 2002 y demás normas concordantes.

De acuerdo con lo anterior, el Gobierno Nacional fijó la metodología ordenada por el artículo 2 de la Ley 632 de 2000 en el Decreto 1013 de 2005 y dispuso que era el Concejo Municipal o Distrital el ente encargado de definir el porcentaje de aporte solidario necesario para lograr y mantener el equilibrio entre las contribuciones y los subsidios según el procedimiento reseñado. En consecuencia, menos podía obviar esa metodología y establecer, sin ningún parámetro y sin

estar facultado para ello, los porcentajes mínimos del factor. Tampoco se advierte que el artículo 3 demandado conforme con el Decreto 1013 de 2005 una unidad normativa o se complementen. Si bien, mediante el Decreto 057 de 2006, el Gobierno estableció unas “reglas” para la aplicación del factor de aporte solidario, y ello podría hacer parte de la facultad para fijar la “metodología”, esta facultad no lo autorizaba para señalar el porcentaje de la contribución, como en efecto lo hizo en el artículo 3.

Cuando el artículo 189 numeral 11 de la Constitución Política señala que el Presidente de la República debe ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes, atiende al principio de “necesidad” y excluye la posibilidad de establecer disposiciones nuevas o exceder el alcance de la Ley. En este caso lo excedió, como quedó visto.

Además, no debe perderse de vista que el “factor” es un impuesto para cuyo establecimiento debe respetarse el principio de legalidad tributaria, conforme al cual, corresponde al Congreso de la República establecer contribuciones fiscales y, excepcionalmente contribuciones parafiscales, en las condiciones que establezca la Ley (150 -12 C.P.). El principio de legalidad es ratificado por el artículo 338 ibídem que señala que en tiempo de paz, solamente el Congreso, las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales pueden imponer contribuciones fiscales o parafiscales. La ley, las ordenanzas y los acuerdos deben fijar, directamente, los sujetos activos y pasivos, los hechos y las bases gravables, y las tarifas de los impuestos.

Significa lo anterior que sólo los órganos de representación popular pueden establecer los impuestos y definir los elementos esenciales de los mismos.

Pero en este caso, el Ejecutivo, so pretexto del ejercicio de la potestad reglamentaria, definió el porcentaje del factor de aporte solidario o de la contribución de solidaridad sin tener competencia para ello, ya que sólo había sido facultado para fijar una metodología. Es evidente, en consecuencia, la incompetencia del Gobierno Nacional para expedir la norma demandada. Prospera el cargo de nulidad.

2. Nulidad del inciso primero y del párrafo primero del artículo 5 del Decreto 057 de 2006

La norma demandada señala lo siguiente:

ARTÍCULO 5o. ESFUERZO LOCAL PARA EL OTORGAMIENTO DE SUBSIDIOS. Los Municipios y/o Distritos podrán establecer contribuciones por aporte solidario superiores al mínimo señalado en el artículo 3º del presente decreto o recurrir a las fuentes adicionales de recursos para contribuciones señaladas en el artículo 3º del Decreto 849 de 2002 y demás normas concordantes, sujetándose en todo caso a la metodología establecida en el decreto 1013 de 2005 o a la norma que lo modifique o adicione.

Parágrafo 1. A partir de la fecha de publicación del presente decreto, cuando los concejos municipales y/o distritales no hayan expedido acuerdos señalando los porcentajes de contribución por aporte solidario a aplicar en el respectivo municipio y/o distrito, y hasta tanto se expida el mismo, la persona prestadora aplicará como factor de aporte solidario el mayor porcentaje entre el nivel mínimo establecido en el artículo 3º

del presente decreto y aquel aplicado en sus tarifas vigentes a diciembre de 2005.

Parágrafo 2. [...].

Según la demanda, el inciso primero del artículo 5 demandado es ilegal porque otorga a los municipios y/o distritos la facultad de establecer contribuciones de aportes solidarios superiores al mínimo señalado en el artículo 3 ibídem para conceder subsidios, para lo cual, el Gobierno Nacional es incompetente porque no puede conferir a los municipios y distritos una facultad impositiva que no tiene. Tampoco fue autorizado por la Ley 632 de 2000 para hacerlo. Y por que en el parágrafo otorgó a las personas prestadoras de servicios públicos la facultad de modificar la tarifa de las contribuciones de solidaridad, sin que tuviera facultad constitucional para ello. Además, el Gobierno solo podía establecer la metodología y no otorgar la facultad a tales entidades para modificar las tarifas.

A juicio de la Sala el **inciso primero del artículo 5 del Decreto 057** de 2006 es ilegal sólo en cuanto trae como referencia el aporte solidario señalado en el artículo 3 ibídem que, conforme se estableció en el cargo anterior, se declarará nulo. En lo demás, no se advierte ilegalidad por las siguientes razones:

Cuando la norma señala que los municipios y/o distritos pueden establecer contribuciones por aporte solidario, se debe entender que esa facultad corresponde constitucionalmente (artículo 338) y legalmente (artículo 2 Ley 632 de 2000 y 2 del Decreto 1013 de 2005) a los concejos municipales y distritales y no a los alcaldes.

Lo anterior, no sólo por las razones normativas expuestas, sino porque la misma norma ordena sujeción en todo caso a la metodología establecida en el decreto 1013 de 2005, o a la norma que lo modifique o adicione, que como se vio, señala que es el concejo municipal o distrital la entidad que *“conjuntamente con la aprobación del presupuesto del respectivo ente territorial, definirá el porcentaje de Aporte Solidario necesario para solventar dicho faltante”*.

Además, en el parágrafo primero ratifica que es labor de los concejos municipales y/o distritales expedir los acuerdos que señalen los porcentajes de contribución por aporte solidario a aplicar en el respectivo municipio y/o distrito.

Por estas razones, salvo la referencia a los porcentajes del artículo 3 del Decreto 057 de 2006, no se advierte ilegalidad alguna cuando la norma dispone que los municipios y/o distritos podrán establecer contribuciones por aporte solidario o recurrir a las fuentes adicionales de recursos para contribuciones señaladas en el artículo 3 del Decreto 849 de 2002² y demás normas concordantes, sujetándose

² **DECRETO 849 DE 2002** “Por el cual se reglamenta el artículo 78 de la Ley 715 de 2001” **ARTÍCULO 3o. DEFINICIONES.** Para aplicar el presente decreto, se atenderán las siguientes definiciones: **Aporte solidario o sobreprecio.** Es el mayor valor pagado por el servicio, sobre el costo de referencia de este, como contribución de los usuarios residenciales de los estratos cinco y seis y los usuarios industriales y comerciales de los servicios de acueducto y alcantarillado, y los usuarios pequeños y grandes productores en el servicio de aseo, como aporte para el pago de los subsidios a otorgar a los usuarios residenciales de los estratos uno y dos y eventualmente el tres. **Contribuciones para subsidio.** Son las diferentes clases de recursos con que cuentan las personas prestadoras de los servicios públicos para ayudar a financiar los subsidios definidos en la Ley 142 de 1994 y otorgados por el municipio o distrito para los usuarios de los estratos subsidiables. **Los Fondos de Solidaridad y Redistribución de Ingresos deberán contar con las diferentes fuentes de recursos que a continuación se detallan:** **a)** Recursos provenientes de los aportes solidarios o sobreprecios a los usuarios residenciales de los estratos cinco y seis y usuarios industriales y comerciales de los servicios de acueducto y alcantarillado; y los usuarios pequeños y grandes productores en el servicio de aseo; **b)** Recursos obtenidos de

en todo caso a la metodología establecida en el Decreto 1013 de 2005 o a la norma que lo modifique o adicione. Pero, sí se declarará la nulidad de la expresión “superiores al mínimo señalado en el artículo 3º del presente decreto” contenida en el inciso primero del artículo 5, por cuanto los mínimos señalados en esa disposición fueron establecidos por el Gobierno Nacional sin competencia para ello, por lo que la referencia a esos mínimos también es ilegal.

Igual consideración puede hacerse en relación con el párrafo primero del artículo 5 que dispone que mientras los concejos municipales o distritales expidan los acuerdos que señalen los porcentajes de contribución por aporte solidario a aplicar en el respectivo municipio y/o distrito, las entidades prestadoras de servicios públicos aplicarán como factor de aporte solidario **el mayor porcentaje entre el nivel mínimo establecido en el artículo 3 del presente decreto** y aquel aplicado en sus tarifas vigentes a diciembre de 2005.

Como los porcentajes mínimos establecidos en el artículo 3 del Decreto 057 de 2006 fueron fijados por el Gobierno Nacional en exceso de las potestades reglamentarias, la referencia que hace la norma, como parámetro para aplicar el factor de aporte solidario, resulta igualmente inconstitucional e ilegal. Por esta razón, se anulará la expresión “el mayor porcentaje entre el nivel mínimo establecido en el artículo 3 del presente decreto y” del párrafo primero del artículo 5 del Decreto 057 de 2006. El resto de la disposición quedará incólume, pues la referencia al factor “aplicado en sus tarifas vigentes a diciembre de 2005”, no tiene reparo de ilegalidad alguno ni significa otorgamiento de facultades tributarias a las entidades prestadoras de servicios públicos. Prospera parcialmente la nulidad.

3. Nulidad del artículo 7 del Decreto 057 de 2006 y del artículo 2 del Decreto 2825 de 2006 que lo modificó.

Las normas demandadas disponen en su orden lo siguiente:

Decreto 057 de 2006 artículo 7. Si, una vez aplicados los procedimientos mencionados en el artículo anterior no se lograre el equilibrio entre subsidios y contribuciones, durante los seis meses siguientes a la entrada en vigencia del presente decreto, las personas públicas prestadoras de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo asumirán dentro de su ámbito de operación, los montos que permitan lograr dicho equilibrio, tomando como referente el porcentaje de los subsidios aplicados a diciembre de 2005 en los correspondientes municipios y/o distritos.

Decreto 2825 de 2006 artículo 2. Modificar el artículo 7 del Decreto 057 del 12 de enero de 2006, el cual quedará así:

otros Fondos de Solidaridad y Redistribución de Ingresos del orden municipal, distrital, departamental y nacional; **c)** Recursos provenientes de la participación de los municipios en el Sistema General de Participaciones, tanto los correspondientes a libre inversión como los que deben destinarse al sector de que trata el artículo 78 de la Ley 715 de 2001 o las normas que lo modifique o sustituyan; **d)** 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, o las normas que la modifiquen o adicionen; **e)** Recursos presupuestales de las entidades descentralizadas del orden nacional o territorial, de que trata el artículo 368 de la Constitución Política; **f)** Rendimientos de los recursos, derechos y bienes aportados bajo condición por entidades oficiales o territoriales; **g)** Rendimientos de los bienes, servicios, derechos o recursos de capital aportados por entidades oficiales o territoriales; **h)** Otros recursos presupuestales a los que se refiere el artículo 89.8 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 2o. de la Ley 632 de 2000.

ARTÍCULO 7o. Si, una vez aplicados los procedimientos mencionados en el artículo anterior no se lograre el equilibrio entre subsidios y contribuciones, hasta el 31 de diciembre de 2006, las personas públicas prestadoras de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo, asumirán dentro de su ámbito de operación, los montos que permitan lograr dicho equilibrio, tomado como referente el porcentaje de los subsidios aplicados a diciembre de 2005 en los correspondientes municipios y/o distritos”.

La modificación efectuada por el artículo 2 del Decreto 2825 de 2006 al artículo 7 del Decreto 057 de 2006 consistió en fijar como plazo para lograr el equilibrio entre subsidios y contribuciones, el 31 de diciembre de 2006, plazo que antes era de seis meses siguientes a la entrada en vigencia del Decreto 057.

Las razones de ilegalidad expuestas en la demanda consisten en señalar que mientras el numeral 89.8 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 7 de la Ley 632 de 2000, establece que 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; las normas demandadas señalan a las personas públicas prestadoras de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo, las que deben asumir dentro de su ámbito de operación, los montos que permitan lograr ese equilibrio.

La Sala comparte el cargo de ilegalidad de la demandante y el concepto del Ministerio Público que solicita que se declare la nulidad de estas disposiciones.

En efecto, como se precisó en el primer cargo de esta providencia, la Constitución Política y la ley prevén un beneficio para los usuarios de servicios públicos de menores recursos, consistente en el pago subsidiado de las tarifas, de manera parcial, de sus consumos básicos. Este subsidio se financia: una parte con la tributación que recae sobre un sector de la población (factor) y el resto con cargo a otros recursos presupuestales de las entidades públicas.

Estos subsidios tienen su origen constitucional en el artículo 368 según el cual 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.

Legalmente esta disposición tiene desarrollo en el artículo 89.8 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 7 de la Ley 632 de 2000 que dispone que 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 nacional, departamental, distrital o municipal. 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.

Como se observa, es clara la norma legal cuando señala que las entidades del orden nacional, departamental, distrital o municipal deben cubrir la diferencia de los subsidios que no se pudieron cubrir con los fondos de solidaridad y

redistribución de ingresos. El Ejecutivo excedió su facultad reglamentaria cuando dispuso que esa diferencia sería cubierta por las personas públicas prestadoras de servicios públicos domiciliarios de agua, alcantarillado y aseo.

De aceptarse la distinción que efectúa el reglamento implicaría considerar que en aquellos municipios donde no existan personas públicas prestadoras de los mencionados servicios públicos, no habría lugar a cubrir ese déficit en la medida en que eliminó la obligación a cargo del municipio de recurrir a su propio presupuesto para tal fin.

En efecto, la Corte Constitucional en sentencia C- 566 de 1995 estudió la demanda de inexecución de las disposiciones reglamentadas por la norma ahora acusada y precisó cuál era el propósito de esos subsidios, así:

“la concesión de subsidios autorizada en el artículo 368 de la C.P., no puede llevarse a cabo si no se arbitran los recursos para tal efecto por parte de la nación y demás entidades públicas. Determinar las fuentes de recursos para pagar dichos subsidios, tiene relación directa con la financiación de la prestación de los servicios públicos domiciliarios. Dado que tanto la nación como las restantes entidades, tienen en la Constitución el carácter de eventuales concedentes de subsidios, la ley podía determinar sus responsabilidades en el tema específico de la financiación de las aludidas ayudas.

El porcentaje del 50% al cual deben ascender los aportes directos que soportan financieramente los subsidios, corresponde a una decisión de orden político y técnico libremente adoptada por el Legislador a la luz de las circunstancias y posibilidades reales existentes, que la Corte no está en capacidad de cuestionar. En este sentido, la obligatoriedad de que el aporte alcance el monto fijado, aparte de ser una regla típica de asignación de una responsabilidad económica, tiene explicación en el hecho de que la otra mitad de la carga financiera pesa sobre los usuarios de los estratos altos a través del pago del gravamen al que se ha hecho mención. Por esta razón, la exigencia de que se cumpla con el indicado porcentaje de financiación, lejos de vulnerar la autonomía de las entidades territoriales - en un campo además donde tienen responsabilidades propias "en los términos de la ley" -, lo que se propone es sentar una regla de equidad fiscal, que se quebrantaría si aquéllas deciden libremente, como lo prevé la norma, conceder subsidios, pero le dejan a los usuarios de altos ingresos toda la carga relativa a su financiación. La idea que anima la norma, perfectamente constitucional, es la de que el subsidio, si se decide otorgar, se financie con la tributación que recae sobre un sector de la población en un 50% y el resto con cargo a otros recursos presupuestales de las entidades públicas, las cuales conjuntamente deberán efectuar los respectivos aportes”.

Se evidencia del análisis de esta jurisprudencia un propósito de equidad y de generalidad en el otorgamiento de los subsidios a usuarios de menores ingresos. Tales propósitos pugnan con la disposición acusada en cuanto ésta impone a cargo de las empresas públicas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, y no a cargo de la Nación y demás entidades territoriales, la obligación de asumir la diferencia de los subsidios que no se alcanzaron a cubrir con los "fondos de solidaridad y redistribución de ingresos". La norma superior reglamentada no distingue si las entidades que tienen esa obligación son prestadoras o no de

servicios públicos domiciliarios, por lo tanto el reglamento no podía hacerlo, so pena de exceder el alcance de la ley.

Por las razones anteriores, se declarará la nulidad de los artículos 7 del Decreto 057 de 2006 y 2 del Decreto 2825 de 2006 que lo modificó.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A:

1. DECLÁRASE la nulidad de los artículos 3 y 7 del Decreto 057 del 12 de enero de 2006 y del artículo 2 del Decreto 2825 del 23 de agosto de 2006 expedidos por el Gobierno Nacional – Ministerio Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.

2. DECLÁRASE la nulidad de las expresiones “*superiores al mínimo señalado en el artículo 3º del presente decreto*” y “*el mayor porcentaje entre el nivel mínimo establecido en el artículo 3º del presente decreto y*” contenidas, respectivamente, en el inciso primero y en el párrafo primero del artículo 5 del Decreto 057 del 12 de enero de 2006 expedido por el Gobierno Nacional – Ministerio Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.

3. DENIÉGANSE las demás súplicas de la demanda.

4. Reconócese personería al abogado Tito Simón Ávila Suárez como apoderado del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.

Cópiese, notifíquese, comuníquese. Cúmplase.

La anterior providencia se estudió y aprobó en sesión de la fecha.

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA
PRESIDENTE

HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS

WILLIAM GIRALDO GIRALDO