

COSA JUZGADA – Relativa y absoluta / COSA JUZGADA ABSOLUTA – Concepto / COSA JUZGADA RELATIVA – Concepto / NUEVOS CARGOS DE LA DEMANDA DE NULIDAD – Permite su estudio ante la jurisdicción

Se deduce del artículo 175 del Código de Procedimiento Civil que consagra tanto la cosa juzgada absoluta como la cosa juzgada relativa. Para la Corte Constitucional, la cosa juzgada absoluta es aquella que opera a plenitud, precluyendo por completo la posibilidad de interponer, con posterioridad a la sentencia, nuevas demandas. Este efecto de cosa juzgada sólo opera cuando “se declara la nulidad del acto demandado”, lo cual tiene razón de ser pues, una vez que desaparece del ordenamiento jurídico la norma demandada, resulta inoficioso volver a demandarla o pronunciarse sobre lo ya decidido. Cosa distinta ocurre cuando el acto demandado sigue formando parte del ordenamiento jurídico y no prosperan los cargos de nulidad contra ese acto. En esos eventos, opera la cosa juzgada relativa, según la cual, se admite que, en el futuro, se formulen nuevos cargos contra la norma que ha sido objeto de examen, distintos a los que la Corporación ya ha analizado. Mediante sentencia del 25 de marzo de 2010, la Sala declaró la nulidad del artículo 3º del Decreto 057 del 12 de enero de 2006 expedido por el Gobierno Nacional – Ministerio Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, así como también 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 5º del Decreto 057 del 12 de enero de 2006 expedido por el Gobierno Nacional – Ministerio Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial. En consecuencia, la Sala debe estarse a lo resuelto en esa sentencia, pues sobre el artículo 3º y los apartes del artículo 5º del Decreto 057 de 2006 que se declararon nulos operó la cosa juzgada absoluta.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL – ARTICULO 175

NORMA DEMANDADA: DECRETO 057 DE 2006(12 de enero) MINISTERIO DE AMBIENTE, VIVIENDA Y DESARROLLO TERRITORIAL - ARTÍCULO 3 ANULADO PARCIAL / DECRETO 057 DE 2006(12 de enero) MINISTERIO DE AMBIENTE, VIVIENDA Y DESARROLLO TERRITORIAL – ARTÍCULO 4 ANULADO PARCIALMENTE / DECRETO 057 DE 2006(12 de enero) MINISTERIO DE AMBIENTE, VIVIENDA Y DESARROLLO TERRITORIAL – ARTÍCULO 5 NO ANULADO

FACTOR DE APOORTE SOLIDARIO – Cálculo / METODOLOGIA DE CALCULO DEL FACTOR DEL APOORTE SOLIDARIO – Alcance / CONCEJO MUNICIPAL O DISTRITAL – Tiene la facultad para definir el porcentaje de aporte solidario / BOLSA COMUN – Puede conformarse con recurso recaudados de las EPS

El factor del aporte solidario se calcula atendiendo a la metodología que estableció el Decreto 1013 de 2005. Conforme se dijo en la sentencia del 25 de marzo de 2010, “(...) 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. (...)” En la sentencia también se precisó en qué consistía la metodología que al tenor del artículo 2º del Decreto 1013 de 2005 se debía seguir para establecer el factor del aporte solidario. Con fundamento en lo expuesto, en la sentencia del 25 de marzo de 2010, la Sala concluyó que “(...) 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 ese contexto, si la nulidad del artículo 3° del Decreto 057 de 2006 no implicó la nulidad del factor del aporte solidario, pues tal factor lo regula la ley y lo deben establecer los concejos municipales o distritales conforme con la metodología prevista en el Decreto 1013 de 2005, para la Sala es evidente que la bolsa común puede conformarse con los recursos que recauden las ESP, por concepto de ese aporte fijado en esas condiciones.

NORMA DEMANDADA: DECRETO 057 DE 2006(12 de enero) MINISTERIO DE AMBIENTE, VIVIENDA Y DESARROLLO TERRITORIAL - ARTÍCULO 3 ANULADO PARCIAL / DECRETO 057 DE 2006(12 de enero) MINISTERIO DE AMBIENTE, VIVIENDA Y DESARROLLO TERRITORIAL – ARTÍCULO 4 ANULADO PARCIALMENTE / DECRETO 057 DE 2006(12 de enero) MINISTERIO DE AMBIENTE, VIVIENDA Y DESARROLLO TERRITORIAL – ARTÍCULO 5 NO ANULADO

AUTONOMIA DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES PARA GESTIONAR SUS PROPIOS RECURSOS – Es limitada por la ley y la Constitución / AUTONOMIA PRESUPUESTAL DE LOS ENTES TERRITORIALES – Debe desarrollarse conforme al financiamiento estatal

Como la autonomía de las entidades territoriales queda supeditada a la Constitución y a la Ley, para la Corte Constitucional la potestad conferida al legislador para definir el ámbito del ejercicio de esa autonomía territorial tiene límites. El primer límite que destaca la Corte es el de la primacía del principio de unidad en general sobre el principio de autonomía en particular. El segundo límite lo constituye el equilibrio que tiene que existir entre el poder central y la autonomía territorial. Y el tercero, “(...) los principios de fundamentalidad del municipio y los de coordinación, concurrencia y subsidiariedad (C.P., arts. 288 y 311).” En ese contexto, la Corte se refirió a la autonomía de las entidades territoriales para gestionar sus propios recursos, y dijo que la responsabilidad fiscal y macroeconómica del Gobierno era uno de aquellos aspectos que formaban parte de la primacía del principio de unidad sobre el principio de autonomía y que, por eso, la autonomía presupuestal de los entes territoriales debía ejercerse dentro de las metas macroeconómicas y de los planes de financiamiento estatal. Pero también la Corte advirtió que, para que no se vulnerara esa autonomía presupuestal, cuando el legislador se ocupaba de definir determinadas políticas presupuestales o de saneamiento fiscal no podía entrar a definir específicamente las funciones que debían cumplir las entidades territoriales al punto de dejarlas sin margen de acción. Que, así mismo, el legislador no podía transferir en su totalidad las responsabilidades de la nación, sin el acompañamiento de los medios y recursos necesarios para atenderlos eficientemente. De ahí que, la Corte Constitucional abordara el análisis de la norma acusada en ese proceso, a partir del estudio sistemático de la misma a efectos de advertir si la medida adoptada en la norma demandada era proporcional en cuanto a si daba un margen de acción a las entidades territoriales o, por el contrario, implicaba un vertimiento total de la competencia por parte del Estado en cabeza de las entidades territoriales.

NORMA DEMANDADA: DECRETO 057 DE 2006(12 de enero) MINISTERIO DE AMBIENTE, VIVIENDA Y DESARROLLO TERRITORIAL - ARTÍCULO 3 ANULADO PARCIAL / DECRETO 057 DE 2006(12 de enero) MINISTERIO DE AMBIENTE, VIVIENDA Y DESARROLLO TERRITORIAL – ARTÍCULO 4 ANULADO PARCIALMENTE / DECRETO 057 DE 2006(12 de enero)

MINISTERIO DE AMBIENTE, VIVIENDA Y DESARROLLO TERRITORIAL –
ARTÍCULO 5 NO ANULADO

EMPRESAS PRESTADORAS DEL SERVICIO PUBLICO DOMICILIARIO DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO – Tienen la facultad para repartir los subsidios provenientes del factor de aporte solidario / PORCENTAJE DE APOORTE SOLIDARIO – Lo estima el alcalde con la información que las empresas prestadoras le suministra

El objetivo principal del artículo 4º del Decreto 057 de 2006 fue el de facultar a las empresas prestadoras de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado a conformar una bolsa común con los recursos provenientes del factor de aporte solidario para que puedan ser distribuidos proporcionalmente por dichas empresas entre los municipios atendidos por estas, de acuerdo con el procedimiento expresamente establecido en ese Decreto. Una vez realizada la distribución proporcional de los recursos conforme con el procedimiento establecido, el artículo 4º demandado dispone que las entidades prestadoras deben observar lo previsto en el parágrafo del artículo 3º del Decreto 057 de 2006. Según el parágrafo del artículo 3º del Decreto 057 de 2006, las entidades prestadoras deben asignar los recursos provenientes del factor de aporte solidario conforme con los criterios de asignación que dicte el Alcalde respectivo. Pero, también dice que cuando el Alcalde no haya fijado criterios de asignación, se faculta a la empresa prestadora a que reparta los subsidios conforme a las reglas previstas en ese parágrafo. Adicionalmente, el artículo 4º demandado prevé que las empresas prestadoras “deberán considerar”, para cada municipio, el mecanismo de distribución establecido en la misma disposición para cuando vaya a hacer las estimaciones establecidas en los numerales 1º y 3º del artículo 2º del Decreto 1013 de 2005. Este propósito es importante por cuanto, como lo reitera el artículo 4º demandado, el resultado de las estimaciones establecidas en los numerales 1º y 3º del artículo 2º del Decreto 1013 de 2005 son, a su vez, los recursos potenciales que los municipios deben recaudar por concepto de aportes solidarios, a través de las empresas prestadoras. De ahí que el artículo 4º demandado reitera el deber de las empresas prestadoras de informar a los respectivos alcaldes de los resultados de esas estimaciones, porque con fundamento en esa información, el alcalde municipal o distrital, luego de analizarla, debe proceder a preparar un proyecto consolidado de los recursos que potencialmente se van a recaudar, proyecto que debe presentarlo a discusión y aprobación del concejo municipal o distrital, quien, conjuntamente con la aprobación del presupuesto del respectivo ente territorial, se encargan de definir el porcentaje de aporte solidario necesario para solventar el déficit entre aportes y subsidios.

NORMA DEMANDADA: DECRETO 057 DE 2006(12 de enero) MINISTERIO DE AMBIENTE, VIVIENDA Y DESARROLLO TERRITORIAL - ARTÍCULO 3 ANULADO PARCIAL / DECRETO 057 DE 2006(12 de enero) MINISTERIO DE AMBIENTE, VIVIENDA Y DESARROLLO TERRITORIAL – ARTÍCULO 4 ANULADO PARCIALMENTE / DECRETO 057 DE 2006(12 de enero) MINISTERIO DE AMBIENTE, VIVIENDA Y DESARROLLO TERRITORIAL – ARTÍCULO 5 NO ANULADO

CALCULO DEL FACTOR DE APOORTE SOLIDARIO – El que hacen las entidades prestadoras de servicios domiciliarios es una herramienta para definir el porcentaje de aporte / ENTIDADES PRESTADORAS DEL SERVICIO DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO – Su función es determinante para la distribución de los recursos por parte de las entidades territoriales /

AUTONOMIA TERRITORIAL – No se vulnera al permitir que las entidades prestadoras calculen el factor de aporte solidario / BOLSA COMUN – Recursos que la componen

Los cálculos que las entidades prestadoras de tales servicios deben hacer para establecer, por una parte, el estimado de los recursos potenciales que deben recaudar las entidades territoriales por concepto de aportes solidarios en aras de disminuir el déficit de los aportes y los subsidios, y, por otra, los montos proporcionales que tales entidades deben distribuir entre los municipios y o distritos que correspondan a su ámbito de operación, son un factor determinante y útil para que los alcaldes analicen y ponderen los recursos que necesitan para cubrir no solo los subsidios de los usuarios de los estratos 1 y 2 de los servicios de acueducto y alcantarillado, sino también el déficit existente entre aportes y subsidios. Así mismo, son un factor determinante y útil para que los concejos municipales o distritales definan el porcentaje de aporte solidario necesario para cubrir los subsidios y solventar el déficit. De manera que, la labor que las entidades prestadoras de los servicios de acueducto y alcantarillado ejecutan incide en la actividad que deben ejecutar las entidades territoriales para fijar y distribuir sus recursos propios, pero no suplantando a esas entidades en la realización de las mismas, al punto de limitar su autonomía fiscal y presupuestal. Por lo tanto, el artículo 4º no viola el contenido esencial de la autonomía territorial previsto en el artículo 287 de la Carta Política, como tampoco viola el artículo 1º idem, pues el artículo 4º demandado salvaguarda la autonomía territorial prevista en esa norma, así como también los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad “(...) tal y como lo dispone el artículo 288 constitucional, para armonizar las complejas relaciones en que puede desenvolverse la vida institucional, económica y fiscal, así como la planeación entre la Nación y las entidades territoriales, bajo el entendido que los intereses territoriales son articulables y no enfrentados, como una premisa política en un Estado Unitario” Por otra parte, dado que la norma no hace otro tipo de distinción, del tenor literal no es pertinente inferir que las entidades prestadoras deban tomar únicamente los recursos de los aportes de las entidades territoriales cuyo balance entre subsidios y aporte arroje superávit. Por el contrario, de la norma se infiere que las entidades prestadoras deben tomar en consideración, para formar la bolsa común, las sumas provenientes del factor de aporte solidario que se recauden en todos los municipios y o distritos sobre los cuales, tales empresas presten el servicio o tengan cobertura.

NORMA DEMANDADA: DECRETO 057 DE 2006(12 de enero) MINISTERIO DE AMBIENTE, VIVIENDA Y DESARROLLO TERRITORIAL - ARTÍCULO 3 ANULADO PARCIAL / DECRETO 057 DE 2006(12 de enero) MINISTERIO DE AMBIENTE, VIVIENDA Y DESARROLLO TERRITORIAL – ARTÍCULO 4 ANULADO PARCIALMENTE / DECRETO 057 DE 2006(12 de enero) MINISTERIO DE AMBIENTE, VIVIENDA Y DESARROLLO TERRITORIAL – ARTÍCULO 5 NO ANULADO

FACULTAD REGLAMENTARIA – Alcance / CONTROL JUDICIAL – Alcance / IMPUESTOS TERRITORIALES – El decreto que los reglamente está limitado por la autonomía fiscal de las entidades territoriales

La Sala reitera que la facultad reglamentaria, que la Constitución le reconoce al poder ejecutivo, es una facultad gobernada por el principio de necesidad, que se materializa justamente en la necesidad que en un momento dado existe de detallar el cumplimiento de una ley que se limitó a definir de forma general y abstracta determinada situación jurídica. Entre más general y amplia haya sido la regulación

por parte de la ley, más necesidad hay de la reglamentación en cuanto que este mecanismo facilitará la aplicación de la ley al caso concreto. A contrario sensu, cuando la ley ha detallado todos los elementos necesarios para aplicar esa situación al caso particular no hay necesidad de reglamentos. Es evidente que el control judicial que recae sobre el reglamento debe cuidar que la función reglamentaria no sobrepase ni invada la competencia del legislativo, en el sentido de que el reglamento no puede ni desfigurar la situación regulada por la ley ni hacerla nugatoria ni extenderla a situaciones de hecho que el legislador no contempló. Si el reglamento preserva la naturaleza y los elementos fundamentales de la situación jurídica creada por la ley, bien puede este instrumento propio del ejecutivo detallar la aplicación de la ley al caso mediante la estipulación de todo lo concerniente al modo como los sujetos destinatarios de la ley la deben cumplir. Ahora bien, cuando la potestad reglamentaria se ejecuta para detallar la aplicación de una ley que regule impuestos territoriales, el Gobierno debe tener en cuenta, además de lo precisado anteriormente, el respeto por la autonomía fiscal de las entidades territoriales y, por ende, al igual que esa ley, el reglamento también debe respetar el margen proporcional de acción que deben tener las entidades territoriales y, por lo mismo, el reglamento tampoco puede verter todo ese margen de acción en cabeza de las entidades territoriales.

NORMA DEMANDADA: DECRETO 057 DE 2006(12 de enero) MINISTERIO DE AMBIENTE, VIVIENDA Y DESARROLLO TERRITORIAL - ARTÍCULO 3 ANULADO PARCIAL / DECRETO 057 DE 2006(12 de enero) MINISTERIO DE AMBIENTE, VIVIENDA Y DESARROLLO TERRITORIAL – ARTÍCULO 4 ANULADO PARCIALMENTE / DECRETO 057 DE 2006(12 de enero) MINISTERIO DE AMBIENTE, VIVIENDA Y DESARROLLO TERRITORIAL – ARTÍCULO 5 NO ANULADO

REGIMEN TARIFARIO EN SERVICIOS PUBLICOS – Criterios que lo orienta / FACTURA DE SERVICIO – Debe discriminar el valor del servicio y el factor de subsidio / FACTOR DE SOLIDARIDAD – Reglas de recaudo y distribución

Pues bien, conforme se precisó en la sentencia del 25 de marzo de 2010 “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).” También se precisó que el artículo 89 de la Ley 142 de 1994, en aplicación de los 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.” Y “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.” Conforme con la norma citada se extraen las siguientes reglas: El recaudo del aporte o factor solidario le corresponde a las empresas que presten el servicio público. Lo que se recaude por factor solidario se debe destinar para el pago de subsidios, de acuerdo con las normas pertinentes, Para el efecto, las empresas prestadoras deben llevar contabilidad y cuentas detalladas. Si se recauda por aporte solidario más de lo que se necesita para pagar los subsidios, las empresas de servicios públicos oficiales de orden distrital, municipal o departamental deben destinar el superávit a los "fondos de solidaridad y redistribución de ingresos". El superávit que se transfiera a los fondos de solidaridad y redistribución de ingresos se debe destinar al pago de los subsidios que le corresponda cubrir a empresas de servicios públicos oficiales que presten el mismo servicio en la misma entidad territorial al de la empresa aportante. Si después de la anterior distribución, los "fondos de solidaridad y redistribución de ingresos" presentan superávit, éste se destinará para pagar los subsidios de los usuarios de las empresas de la misma naturaleza y servicio con sede en departamentos, distritos o municipios limítrofes, respectivamente. Los repartos se harán de acuerdo a los mecanismos y criterios que establezcan las comisiones de regulación respectivas. Cuando el superávit proviene de las empresas privadas o mixtas prestatarias de los servicios de agua potable o saneamiento básico, aquel se destinará a los "fondos de solidaridad y redistribución de ingresos" del municipio o distrito correspondiente.

NORMA DEMANDADA: DECRETO 057 DE 2006(12 de enero) MINISTERIO DE AMBIENTE, VIVIENDA Y DESARROLLO TERRITORIAL - ARTÍCULO 3 ANULADO PARCIAL / DECRETO 057 DE 2006(12 de enero) MINISTERIO DE AMBIENTE, VIVIENDA Y DESARROLLO TERRITORIAL – ARTÍCULO 4 ANULADO PARCIALMENTE / DECRETO 057 DE 2006(12 de enero) MINISTERIO DE AMBIENTE, VIVIENDA Y DESARROLLO TERRITORIAL – ARTÍCULO 5 NO ANULADO

DECRETO 1013 DE 2005 – Se expidió para equilibrar la balanza entre subsidios y contribuciones / BOLSA COMUN – Recursos que la conforman / EMPRESAS DE SERVICIOS PUBLICOS – Pueden operar en igualdad de condiciones en cualquier parte del país

Para la Sala, partiendo del presupuesto de que las entidades territoriales están prestando déficit en la balanza entre subsidios y contribuciones, y que tanto el Decreto 1013 de 2005, como el Decreto 057 de 2006 se expidieron para propender por el equilibrio de esa balanza, tiene razón el Ministerio demandado en cuanto indica que el artículo 4º del Decreto 057 de 2006 no establece distinción de ningún orden para interpretar que la bolsa común debe conformarse con los recursos que por aporte solidario recauden las empresas prestadoras en los municipios o distritos que no presenten déficit. También le asiste razón en cuanto a que la norma no regula en lo absoluto los recursos que se asignan a los FSRI, porque, como se vio, esos fondos se nutren, entre otros recursos, con el superávit del factor de aporte solidario. Ahora bien, respecto a si cuando el artículo 2º de la Ley 632 de 2000 dispone que “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 ámbito de operación se entiende referido a todas las entidades territoriales en las que presta el servicio la empresa prestadora, la Sala precisa que también es cierto, porque de conformidad con el artículo 23 de la Ley 142 de 1994, las empresas de servicios públicos pueden operar en igualdad de condiciones en cualquier parte del país, con sujeción a las reglas que rijan en el territorio del correspondiente departamento o municipio. En consecuencia, si las empresas prestadoras operan

en varias entidades territoriales, su ámbito de operación cubrirá la jurisdicción de esas entidades territoriales. De lo anterior se deduce que fue la Ley 632 de 2000 la que reguló como un nuevo evento la posibilidad de hacer cruces entre las contribuciones recaudadas por el prestador que opera en varios municipios o distritos con los subsidios de los usuarios de esa empresa. En esa medida era pertinente y necesario que el Gobierno reglamentara el inciso referido y, por lo tanto, no se configura la causal de violación de los artículos 150 y 189 de la C.P., por extralimitación de las facultades reglamentarias.

NORMA DEMANDADA: DECRETO 057 DE 2006(12 de enero) MINISTERIO DE AMBIENTE, VIVIENDA Y DESARROLLO TERRITORIAL - ARTÍCULO 3 ANULADO PARCIAL / DECRETO 057 DE 2006(12 de enero) MINISTERIO DE AMBIENTE, VIVIENDA Y DESARROLLO TERRITORIAL – ARTÍCULO 4 ANULADO PARCIALMENTE / DECRETO 057 DE 2006(12 de enero) MINISTERIO DE AMBIENTE, VIVIENDA Y DESARROLLO TERRITORIAL – ARTÍCULO 5 NO ANULADO

NOTA DE RELATORIA: Respecto a la nulidad de los artículos 3 y 5 se está a lo resuelto en la sentencia de 25 de marzo de 2007, Rad. 16078, M.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION CUARTA

Consejero ponente: HUGO FERNANDO BASTIDAS BARCENAS

Bogotá D.C. Trece (13) de junio de dos mil once (2011)

Radicación número: 11001-03-27-000-2007-00030-00(16625); 11001-03-27-000-2009-00008-00(17542)

Actor: JAIME HUMBERTO MESA BUITRAGO, ASOCIACIÓN DE COMERCIANTES DE RIONEGRO

Demandado: MINISTERIO DE AMBIENTE, VIVIENDA Y DESARROLLO TERRITORIAL.

FALLO

La Sala decide la acción pública de nulidad instaurada por el señor **JAIME HUMBERTO MESA BUITRAGO** y la **ASOCIACIÓN DE COMERCIANTES DE RIONEGRO. ASOCAR**, contra los artículos 3º, 4º y 5º del Decreto 057 de 2006, expedido por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.

LOS ACTOS DEMANDADOS

Se demandan los artículos 3º, 4º y 5º 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 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%)

Parágrafo. Ante la ausencia de criterios de asignación por parte del Alcalde respectivo, según lo dispuesto en el artículo 6o del decreto 565 de 1996, la persona prestadora repartirá entre los usuarios por ella atendidos los subsidios provenientes de los recursos derivados de la aplicación del factor de aporte solidario, aplicando al interior de cada municipio el mismo porcentaje a usuarios pertenecientes al mismo estrato. En todo caso deberá mantenerse una proporción mínima de 1.25 veces el porcentaje aplicado al estrato 1 en relación con el estrato 2, y de 2.67 veces el porcentaje aplicado al estrato 2 en relación con el estrato 3, sin superar en ningún caso los toques máximos de subsidios señalados por la Ley.

El otorgamiento de subsidios al estrato 3 deberá sujetarse a las condiciones y requisitos que para el efecto establezca la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, de acuerdo con lo señalado en el artículo 99.7 de la Ley 142 de 1994.

ARTICULO 4o. DISTRIBUCIÓN DE CONTRIBUCIONES POR APORTES SOLIDARIOS EN EL INTERIOR DEL ÁMBITO DE OPERACIÓN.

En el caso de personas prestadoras cuyo ámbito de operación comprenda varios municipios y/o distritos, las sumas provenientes de la aplicación del nivel mínimo del factor de aporte solidario establecido en el artículo anterior, sin incluir las derivadas de la previsión contenida en el artículo 5o del presente Decreto, conformarán una bolsa común de recursos para el otorgamiento de subsidios tarifarios.

Los recursos provenientes de la contribución por aportes solidarios se distribuirán proporcionalmente entre los municipios atendidos, de acuerdo con el siguiente procedimiento:

- a) Para cada municipio, la persona prestadora determinará los requerimientos máximos de subsidios de los usuarios de estratos 1 y 2 por ella atendidos, suponiendo un escenario de otorgamiento de subsidios correspondiente a los topes máximos establecidos por la Ley.
- b) Con base en el estimativo anterior, la persona prestadora calculará los requerimientos ajustados de subsidios, afectando el requerimiento máximo de subsidios de cada municipio por la relación entre la factura promedio sin subsidio ni contribución del municipio respectivo y la correspondiente al municipio con mayor factura promedio sin subsidio ni contribución, según los costos de referencia correspondientes, para lo cual se aplicará la siguiente fórmula:

$$SAm = Sm \times FPRm$$

$$MAX (FPRm)$$

donde:

$$FPRm = CFm + CVm \times Qm$$

FPRm = Factura promedio para el municipio m, sin subsidio ni contribución.

CFm = Componente tarifario fijo mensual para un suscriptor de estrato 4 en el municipio m.

CVm = Componente tarifario variable, por metro cúbico o por tonelada, según sea el caso, para un suscriptor de estrato 4 en el municipio m.

Qm = Consumo promedio mensual por suscriptor, calculado con base en los consumos de estrato 1 y 2 en el municipio m.

SAm = Requerimiento de subsidios ajustados para el municipio m.

Sm = Requerimiento de subsidios calculados de acuerdo con el numeral anterior.

MAX(FPRm) = Máxima factura promedio para los municipios o distritos del ámbito de operación.

- c) Las sumas así resultantes de requerimientos ajustados de subsidios serán la base para la distribución proporcional de los recursos provenientes de las contribuciones por aporte solidario, de acuerdo con la siguiente fórmula:

$$Cm = \frac{SAm}{\sum_{i=1}^n SAi}$$

Donde:

C_m = Proporción de contribuciones a ser distribuidas al municipio m

i = Municipios del ámbito de operación

Una vez realizada la distribución proporcional de las sumas provenientes de la contribución por aportes solidarios, en cada uno de los municipios que conforman su ámbito de operación, la persona prestadora observará lo previsto en el parágrafo del artículo 3o del presente Decreto.

Para efectos de las estimaciones establecidas en los numerales 1o y 3o del artículo 2o del Decreto 1013 de 2005 o la norma que lo modifique o adicione, las personas prestadoras deberán considerar, para cada municipio, el mecanismo de distribución establecido en el presente artículo, cuyo resultado se entenderá como el valor de los recursos potenciales a recaudar por concepto de Aportes Solidarios, el cual deberá ser informado a los respectivos alcaldes municipales y/o distritales, a efectos de la aplicación de la metodología de equilibrio entre contribuciones y subsidios contenida en el precitado Decreto.

Parágrafo. Modificado por el artículo 1 del Decreto 2825 de 2006. La bolsa común de recursos a la cual hace referencia el presente artículo corresponde a los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado”.

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°. Los factores de contribución de solidaridad establecidos mediante Acuerdo municipal o distrital con anterioridad a la fecha de publicación del presente decreto, en aplicación del Decreto 1013 de 2005 o las normas que lo modifiquen o adicionen, podrán mantener su vigencia durante el año 2006 y, en consecuencia, no se les aplicarán los factores mínimos previstos en el artículo 3o del presente Decreto. Sin embargo, si el acuerdo respectivo no determina la forma en que se aplicará el aporte solidario a los estratos subsidiables, se aplicará la regla prevista en el parágrafo del artículo 3o del presente Decreto.”

LA DEMANDA

EXPEDIENTE 16625. ACTOR: ASOCIACIÓN DE COMERCIANTES DE RIONEGRO-ASOCAR.

El actor demandó la nulidad de los artículos 3º, 4º y 5º del Decreto 057 de 2006 e invocó como normas violadas las siguientes:

- Carta Política, artículos 188 numerales 10 y 11; 209.
- Ley 142 de 1994, artículo 89, numeral 1º.
- Ley 632 de 2000, artículo 2º

En el concepto de violación, la **ASOCIACIÓN DE COMERCIANTES DE RIONEGRO-ASOCAR**, por medio de apoderado, argumentó lo siguiente:

Violación del numeral 1º del artículo 89 y del artículo 2º de la Ley 632 de 2000.

- Que el artículo 89 de la Ley 142 de 1994 creó el factor de aporte solidario.
- Que ese aporte corresponde a la suma adicional a pagar por concepto de servicio público domiciliario de acueducto y alcantarillado, por parte de los industriales, comerciales y los estratos 5 y 6.
- Que el numeral 1º del artículo 89 de la Ley 142 de 1994 fijó como porcentaje máximo de aporte solidario, el 20% del total de lo facturado al usuario.
- Que la Ley 632 de 2000 autorizó que se incrementara el porcentaje de aporte solidario pero reiteró que se debía mantener el tope máximo del 20%
- Que el artículo 3º del Decreto 57 de 2006 fijó como nivel mínimo del factor solidario los siguientes porcentajes:
 - Usuarios Residenciales de estrato 5: (50%)
 - Usuarios Residenciales de estrato 6: (60%)
 - Usuarios Comerciales: (50%)
 - Usuarios Industriales (30%)
- Que esos porcentajes superan el tope máximo del 20% que estableció la ley 142 de 1994 y que reiteró la Ley 632 de 2000
- Que, por lo tanto, el Decreto 57 de 2006 viola el numeral 1º del artículo 89 de la ley 142 de 1994 y el artículo 2º de la Ley 632 de 2000. Y, como el Decreto viola esas leyes, de manera indirecta también se violaron los numerales 10 y 11 del artículo 189 de la Carta Política, así como el artículo 209 ibídem, *“que consagra[n] la sujeción a la Constitución, a la ley y el principio de legalidad de la función administrativa”*

COADYUVANCIA

Ciertos usuarios del servicio público de acueducto y alcantarillado del Municipio de Rionegro coadyuvaron la demanda.

Alegaron que el Decreto demandado era ilegal porque se les estaba obligando a pagar un aporte solidario superior al que dispuso la Ley 142 de 1994, y porque en otros municipios no se estaba aplicando la medida, situación que los ponía en desventaja con otros ciudadanos, y en peligro su patrimonio.

EXPEDIENTE 17542. ACTOR: JAIME HUMBERTO MESA BUITRAGO.

El actor demandó la nulidad del artículo 4º del Decreto 057 de 2006 e invocó como normas violadas las siguientes:

- Carta Política, artículo 1º, 150, 189 y 287
- Ley 142 de 1994, artículo 89, numerales 2º y 9º.
- Ley 632 de 2000, artículo 2º

Como pretensión subsidiaria, en caso de que se niegue la nulidad, pidió que se declare la exequibilidad condicionada del artículo 4º del Decreto Reglamentario 057 del 12 de enero de 2006 en el sentido de que se interprete que ***“la “bolsa común” regulada por dicha norma, debe integrarse únicamente en casos de entidades territoriales en cuyo Fondo de Solidaridad y Redistribución de Ingresos, el balance entre subsidios y aportes solidarios arroje superávit”.***¹

En el concepto de violación, el actor argumentó lo siguiente:

Violación de los artículos 89.2 y 89.9 de la Ley 142 de 1994, y del artículo 2º de la Ley 632 de 2000.

- Que de conformidad con los artículos 89.2 y 89.9 de la Ley 142 de 1994, los recursos recaudados por concepto de aportes solidarios pueden ser asignados para pagar los subsidios que conceden las entidades territoriales diferentes a aquellas que efectuaron el recaudo del aporte, en aquellos casos en los que su balance entre subsidios y aportes arroje superávit.
- Que el artículo 2º de la Ley 632 de 2000 dispuso que el Gobierno establecería la metodología para asegurar que el monto de las contribuciones sea suficiente para cubrir los subsidios que se apliquen, es decir, para mantener el equilibrio.
- Que mediante el Decreto 565 de 1996², el Gobierno Nacional definió y reguló el aporte solidario y, entre otros asuntos, dispuso la forma cómo se manejarían los superávits del aporte solidario que se recaude.
- Que el artículo 4º del Decreto 057 de 2006 dispone que las sumas provenientes de la aplicación del nivel mínimo del factor de aporte solidario establecido en el artículo tercero, sin incluir las derivadas de la previsión contenida en el artículo 5º, conformarán una bolsa común de recursos para el otorgamiento de subsidios tarifarios y que esos recursos se deben distribuir proporcionalmente entre varios municipios.
- Que el artículo 4º del Decreto 057 de 2006 no establece que la bolsa común deba conformarse con los recursos que provengan del aporte solidario de los Municipios o Distritos que presenten superávit. Por eso, se ha interpretado que la bolsa común también se debe conformar con los recursos que provengan del aporte solidario, incluso cuando los Municipios y Distritos presenten déficit en el balance entre subsidios y aportes.
- Que si se interpreta el artículo 4º del Decreto 057 de 2006 en las condiciones anotadas, se violan los artículos 89.2 y 89.9 de la Ley 142 de 1994, así como el artículo 2º de la Ley 632 de 2000, porque la interpretación comentada impide que el Distrito de Barranquilla obtenga el equilibrio entre los subsidios y aportes que demandan las Leyes 142 de 1994 y 632 de 2000. Que, por el

¹ Folio 6 expediente. Demanda.

² Por el cual se reglamenta la Ley 142 de 1994, en relación con los Fondos de Solidaridad y Redistribución de Ingresos del orden departamental, municipal y distrital para los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo.

contrario, la interpretación que se hace del Decreto empeora la situación de déficit del Distrito. Aportó como prueba las Resoluciones 0123 de 2008 y 154 del mismo año, proferidas por el Alcalde Distrital de Barranquilla.³

Violación de los artículos 1º, 150 y 287 de la Carta Política.

- Que conforme con el artículo 287 de la Carta Política, las entidades territoriales tienen autonomía para la gestión de sus intereses, pero dentro de los límites de la Constitución y la Ley.
- Que el Gobierno Nacional no puede imponer límites a la autonomía de las entidades territoriales mediante decretos reglamentarios.
- Que el Decreto 057 de 2006 señala la forma en que deben destinarse los recursos que se recauden por concepto de aporte solidario.
- Que ese asunto debió ser regulado por la ley.
- Que el Gobierno excedió la facultad reglamentaria, cuando expidió el Decreto 057 de 2006 y, en consecuencia, es nulo.
- Adicionalmente, con fundamento en el artículo 287 de la Carta Política, las entidades territoriales tienen la potestad para definir el destino de los recursos que conforman el activo de las entidades territoriales, bien sea que se trate de recursos propios o cedidos o transferidos.
- Que se ha interpretado que la bolsa común de que trata el artículo 4º del Decreto 057 de 2006 también se debe conformar con los recursos que provengan del aporte solidario tanto de los Municipios y Distritos que presentan déficit en el balance entre subsidios y aportes, como de los que no presentan ese déficit.
- Que esa interpretación viola los artículos 1º, 150 y 287 de la Carta Política, porque desconoce que las entidades territoriales pueden asignar autónomamente los recursos que recauden para el pago de subsidios.

LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

EXPEDIENTE 16625.

El **Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial** solicitó que se negaran las pretensiones del actor.

Adujo que el Gobierno Nacional, consciente de la situación de algunos municipios, decidió proponerles a las principales empresas del país, que operan sistemas interconectados, la definición de una contribución solidaria mínima, en desarrollo de las facultades que previó la Ley 632 de 2002, artículo 2º, inciso 3º, y el establecimiento de una bolsa común de aportes solidarios para cubrir subsidios intermunicipales.

Con fundamento en el análisis del déficit entre subsidios y contribuciones que se presentó a diciembre de 2005 y las proyecciones hechas a diciembre de 2006, el Ministerio explicó los elementos principales del Decreto 057 de 2006 y la solución que se propone con el mismo. Ilustró con cuadros el escenario del déficit, si se aplica el Decreto demandado, para concluir que aliviaría la situación de los

³ Mediante la primera Resolución, el Alcalde de Barranquilla (i) declaró ciertas inconsistencias encontradas con ocasión de la auditoría interna que el Distrito hizo sobre los recursos del Fondo de Solidaridad y Redistribución de Ingresos de los Servicios Públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo y ciertas sumas comprometidas en cierto contrato suscrito con la empresa de servicios públicos domiciliarios que presta los mentados servicios en esa región (Triple A S.A E.S.P); (ii) declaró los pagos que le hizo a la ESP, por concepto de déficit, durante los periodos de julio de 2006 a noviembre de 2007; (iii) reconoció el déficit del periodo noviembre de 2007 a mayo de 2008; (iv) ordenó la devolución de lo que el Distrito pagó en el periodo comprendido entre noviembre de 2007 a mayo de 2008; (v) compensó las sumas que el Distrito pagó por déficit a la ESP con las que le debía a la misma empresa; (v) requirió a la ESP para que pague el saldo; (vi) ordenó compensar ese saldo, en caso de que la ESP no formulara una propuesta de pago.

municipios que hacen parte del sistema interconectado o en aquellos en los que una misma empresa preste el servicio.

En ese contexto, el Municipio se opuso a los cargos de violación y adujo que el artículo 3º 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.

Manifestó que el artículo 2º de la Ley 632 de 2000 facultó al Gobierno Nacional para expedir la metodología necesaria para garantizar que el monto de las contribuciones sea suficiente para cubrir los subsidios de los usuarios de menores ingresos. Que esa metodología la reguló en el Decreto 1013 de 2005. Que no obstante la expedición de ese Decreto, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios⁴ advirtió en un estudio realizado para el sector de agua y saneamiento básico, que persistía el desequilibrio entre aportes solidarios y los subsidios. Que, por lo tanto, se expidió el Decreto 057 de 2006, como complemento a la metodología señalada en el Decreto 1013 de 2005.

El Ministerio justificó la razón de ser de los porcentajes del 50, 60 y 30 por ciento que fijó el artículo 3º del Decreto 057 de 2006. Explicó que en el País se presentaron 4 situaciones: la primera, la de ciertos municipios que aplicaron estrictamente el Decreto 1013 de 2005; la segunda, la de aquellos que lo aplicaron parcialmente; la tercera, la de los municipios que no han expedido acuerdos señalando subsidios, aportes solidarios, ni fuentes complementarias; y la cuarta, la de los municipios que no generaron ninguna acción frente a la política en materia redistributiva.

Con un cuadro explicó el déficit calculado para algunos municipios, y dedujo que si los municipios otorgaran los subsidios tomando como fuente de recursos la Ley 715, con destino al sector de agua potable y saneamiento básico, no existiría déficit. Que, sin embargo, en la práctica, algunos municipios presentan problemas para asignar los recursos, lo que ha implicado el incumplimiento del Decreto 1013 de 2005.

Advirtió que los municipios que se seleccionaron para hacer el anterior análisis tenían la particularidad de pertenecer al sistema interconectado en los que operaba una sola empresa. Que de allí surgió el inconveniente planteado con algunos municipios, pues, según estos, el Decreto 1013 de 2005 generaba una posible situación deficitaria, porque el esquema redistributivo se fundamentaba en los aportes solidarios preexistentes, y el cubrimiento del déficit, con cargo a menores ingresos de la empresa.

Explicó que esa situación dio lugar a que la tarifa media fuera siempre inferior al costo de referencia, contrario a lo que señala la Ley 142 de 1994, que establece que tiene que haber recuperación plena de los costos eficientes.

Manifestó que como las empresas prestadoras del servicio público eran las llamadas a lograr el equilibrio, una empresa que operaba en varios municipios efectuaba el equilibrio intermunicipal y procuraba una suficiencia financiera de corto y mediano plazo.

⁴ “Comportamiento de los subsidios, las contribuciones y las asignaciones municipales aplicados en los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo para el cuatrienio 2001-2004”

Señaló que no obstante que los gremios propusieron que se derogara el Decreto 1013 de 2005, el Gobierno analizó la petición y la estimó improcedente, pero consideró adecuado expedir otros Decretos, entre esos, el 057 de 2006.

Adujo que las consideraciones planteadas demostraban que el Decreto 057 de 2006 establece las reglas para la aplicación del factor de aporte solidario para los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo, por medio de un nivel mínimo del factor de aporte solidario aplicable a los usuarios de estratos 5 y 6, comerciales e industriales, y que eso se vería reflejado en la asignación de los subsidios a las personas de menores ingresos. Que, por lo tanto, el artículo 3º del Decreto 057 de 2006 no violó normatividad alguna.

Por último, transcribió la exposición de motivos del Decreto 057 de 2007, a fin de dar mayor claridad del porqué de los porcentajes establecidos en el artículo 3º.

En esa exposición se destaca nuevamente el desequilibrio presentado entre aportes solidarios y subsidios a nivel nacional, las razones por las que se profirió el Decreto 1013 de 2005 y el contenido y bondades de ese Decreto. Pero no hay ninguna referencia al Decreto 057 de 2006.

EXPEDIENTE 17542

Para contextualizar el problema, el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial hizo unas consideraciones previas sobre cómo, a partir de la Constitución de 1991, se regula el tema de los servicios públicos domiciliarios.

Puntualizó que la Ley 142 de 1994, en el artículo 89, previó la aplicación del criterio de solidaridad y que, para el efecto, dispuso el otorgamiento de subsidios a usuarios de los estratos 1, 2 y 3. Que esos subsidios se pagarían con el “factor de contribución” a cargo de los usuarios del sector industrial y comercial y de los estratos 5 y 6. Que ese factor no podía superar el 20% del valor del servicio facturado, y que su recaudo correspondía a las empresas prestadoras del servicio público. Esas empresas, a su vez, dijo, efectúan el cruce directo de las contribuciones y los subsidios.

Explicó que con ocasión del recaudo del factor de contribución se podía presentar un superávit al hacer el cruce entre contribuciones y subsidios. Que cuando ese superávit se presentaba en ESP oficiales, el excedente se destinaba a los fondos de solidaridad y redistribución de ingresos –FSRI- para ser distribuido entre empresas de la misma naturaleza, es decir oficiales y que, además, presten el servicio en la misma entidad territorial en la que la empresa prestadora aportante presta el servicio. Que si el superávit se presenta en los FSRI, el excedente se destinaba a cubrir el déficit de las ESP oficiales con sede en departamentos limítrofes. Que para el caso de las ESP privadas o mixtas, los superávits se transferían mensualmente y se destinaban a los FSRI del municipio o distrito correspondiente.

Señaló que el ámbito de operación de las ESP era significativo para el caso objeto de análisis, porque, según dijo, fue el legislador, mediante la Ley 632 de 2000, específicamente, el inciso tercero del artículo 2º, el que con fundamento en la Constitución estableció las reglas especiales para *“aplicar –cruzar- subsidios y contribuciones para los servicios de agua potable y saneamiento básico[16]”*⁵

⁵ Según la cita de pie de página citada en el texto de la contestación de la demanda, se refiere a los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo.

Transcribió la citada norma y precisó que del inciso tercero del artículo 2º de la Ley 632 de 2000 se extraían las siguientes conclusiones:

- Que para los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo no era aplicable la restricción del 20% a que alude el numeral 1º del artículo 89 de la Ley 142 de 1994. Que, en ese caso, por expresa disposición legal, el porcentaje “(...) se ajust[a] 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 (...)”.
- Que, en consecuencia, los usuarios contribuyentes del factor de contribución pueden asumir una contribución mayor al 20% del servicio y que la contribución puede extenderse hasta que se logre el equilibrio entre contribuciones y subsidios.
- Que como la Constitución estableció que era un fin la satisfacción del servicio público para todos los habitantes, el inciso tercero del artículo 2º de la Ley 632 de 2000 estableció que los recursos provenientes de la aplicación del factor de solidaridad se debía destinar para subsidios a favor de los usuarios atendidos por la entidad “dentro de su ámbito de operaciones”: Que, en consecuencia, la norma era clara en establecer un nuevo evento a tener en cuenta para lograr hacer el cruce de subsidios y contribuciones y lograr el equilibrio entre estos conceptos, en los servicios de agua potable y saneamiento básico. Que ese evento consistía en que las empresas prestadoras podían aplicar los recursos recaudados por concepto de contribución, en los subsidios de todos y cada uno de los usuarios que atendían dentro de su ámbito de operación.
- Que el artículo 2º de la Ley 632 de 2000 también facultó al Gobierno para que definiera la metodología para la determinación del equilibrio.

En ese contexto, el Ministerio demandado concluyó que las reglas del artículo 2º de la Ley 632 de 2000 se aplican, en primera medida, sobre las reglas previstas en el numeral 2º del artículo 89 de la Ley 142 de 1994. Que, en consecuencia, era ajustado a la Constitución que el ejecutivo, en ejercicio de las facultades conferidas en el numeral 11 del artículo 189 de la C.P., reglamentara la Ley 632 de 2000, en aras de lograr el mentado equilibrio.

Con fundamento en lo expuesto, el apoderado del Ministerio concretó la réplica a los cargos de violación así:

Que el artículo 4º del Decreto 057 de 2006 no viola los artículos 89.2 y 89.9 (sic) de la Ley 142 de 1994, el artículo 2º de la Ley 632 de 2001 y el artículo 189 de la Carta Política, por las siguientes razones:

- La facultad reglamentaria es procedente cuando se advierte la existencia previa de un contenido o materia legal a reglamentar.
- Como había que reglamentar el artículo 2º de la Ley 632 de 2000, se profirió el Decreto 057 de 2006.
- Que si bien era cierto que el artículo 2º de la Ley 632 de 2000 facultó al Gobierno para definir una metodología, la facultad reglamentaria no se

agotaba con la definición de esa metodología. Que el ejecutivo tenía la potestad reglamentaria necesaria para lograr el cometido de la norma.

- Que no era pertinente argumentar que ni la Ley 142 de 1994 ni el Decreto 565 de 1996, que la reglamentó, habrían previsto la posibilidad de redistribuir el factor de contribución recaudado por un operador entre varios municipios, pues la Ley 632 de 2000, que es posterior, sí lo permite, y que, por eso, había que reglamentar el evento contemplado en la nueva Ley. Que eso fue lo que se hizo cuando el Gobierno expidió el Decreto 057 de 2006.
- Que tampoco era procedente solicitar como pretensión subsidiaria que se interprete que ***“la “bolsa común” regulada por dicha norma, debe integrarse únicamente en casos de entidades territoriales en cuyo Fondo de Solidaridad y Redistribución de Ingresos, el balance entre subsidios y aportes solidarios arroje superávit.”***
- Que esa interpretación evidenciaba la ignorancia del actor en esta materia. Dijo que la transferencia de recursos a los FSRI, en el marco de la Ley 142 de 1994, por parte de los prestadores, sólo era factible, evidentemente, cuando se presentaran superávits.
- Que el artículo 2º de la Ley 632 de 2000 no reglamentaba lo referente a los FSRI. Que ese artículo simplemente reguló un nuevo evento para hacer cruces directos entre contribuciones y subsidios para el caso de usuarios que hagan parte de una misma área de operación atendida por una misma entidad prestadora, que bien puede cobijar más de un municipio o Distrito. Que, en otras palabras, *“se sabrá si hay o no superávits que pasar o déficits que cobrar a los FSRI de cada municipio o distrito involucrado en el área de operación, una vez la entidad prestadora y con base en la bolsa común de recursos recaudados de sus usuarios lo permita advertir luego de aplicar los subsidios que cada municipio o distrito defina para los usuarios del área utilizando las fórmulas que prevé el artículo acusado.”*
- Que *“La novedad de lo previsto expresamente en el artículo 2 de la Ley 632 de 2000, que no contemplaba la Ley 142 de 1994, es que establece la forma cómo se conforma por parte de la entidad prestadora del servicio una bolsa común con los recursos que recaude de todos y cada uno de los usuarios del área de operación, sin que para ello importe a cual municipio pertenezcan dichos usuarios. Lo fundamental en esta nueva previsión legal, (sic) es que hagan parte de una misma área de operación de un mismo prestador del servicio.”* Que, por esa razón, era *“preciso clarificar que la previsión en estudio hace referencia únicamente a los recursos que sean recaudados por concepto de las contribuciones de solidaridad, entendidas éstas como el cobro adicional al costo del servicio que se realiza a los usuarios de los estratos 5 y 6 y a los industriales y comerciales con el fin de que contribuyan al pago de las tarifas de los servicios de los usuarios de los estratos bajos y no a los aportes solidarios los cuales están compuestos tanto por las contribuciones aludidas como por los recursos destinados a subsidios por los entes territoriales”* Que, *“precisamente lo que la norma legal supuestamente desbordada –Art. 2 de la Ley 632 de 2000- con la reglamentación acusada-Art. 4 del Decreto 057 de 2006- prevé de forma inequívoca, es (...) que (...) el cruce entre contribuciones y subsidios procede en virtud de la ley entre usuarios de un mismo servicio, atendidos por una misma entidad prestadora y que hagan parte de la misma área de operación del prestador, aún cuando está (sic) área cubra usuarios de más de un municipio o distrito. (...)*

- Que, *“en consecuencia, de lo que se trata es de reglamentar la situación especial en la que existen prestadores que suministran el servicio en varios municipios, para que éstos efectúan (sic) de forma previa sus respectivos cruces de cuentas entre los recursos obtenidos a través del recaudo por las contribuciones de solidaridad y las necesidades de subsidio de sus usuarios de los estratos subsidiables, para posteriormente dar aplicación a lo dispuesto en los artículos 89.2 y 89.8 de la ley 142 de 1994 (...)”*
- Que sobre la advertencia de que el Distrito de Barranquilla no estaba logrando el equilibrio, replicó que eso era imposible, porque la tarifa máxima del 20%, para los servicios de agua potable y saneamiento básico, estaba liberada.

Que el artículo 4º del Decreto 57 de 2006 no viola los artículos 1º y 287 de la C.P. en cuanto a la autonomía de las entidades territoriales. Tampoco el artículo 150 ibídem, respecto de las competencias del Congreso de la República.

En síntesis, el Ministerio adujo que el inciso tercero del artículo 2º de la Ley 632 de 2000 impuso la obligación de efectuar los cruces. Que como esa obligación la impone la Ley, más no el Decreto demandado, el Gobierno no vulneró la autonomía de las entidades territoriales.

Que tampoco se vulnera la autonomía de las entidades territoriales, en cuanto, supuestamente, constriñe la libertad de disponer de sus rentas, porque, insistió, el artículo 2º de la Ley 632 de 2000 no se refiere a los FSRI, sino a la manera en que se debe hacer, previamente, el cruce de las contribuciones y subsidios entre usuarios de un mismo servicio, que son atendidos en la misma área de operación de una empresa, indistintamente de que pertenezcan a municipios o distritos diferentes.

Por último, respecto de los cargos, solicitó que se tuviera en cuenta el documento elaborado por el Viceministerio de Agua y Saneamiento que contenía los antecedentes para la expedición de la norma demandada.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

EXPEDIENTES 16625 Y 17542 ACUMULADOS⁶

El Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial transcribió apartes de la contestación de la demanda.

La Asociación de Comerciantes de Rionegro, en calidad de demandante, replicó la contestación de la demanda, e insistió en que es consciente de la obligación que tiene de contribuir al subsidio de los sectores más desprotegidos dentro de la comunidad. Sin embargo, añadió, el factor de solidaridad que fijó el artículo 89.1 de la Ley 142 de 1994 equivale a un 20% del total de la factura de servicios públicos, y que el Gobierno, mediante el Decreto demandado, no podía incrementar ese porcentaje bajo la excusa de que la Ley 632 de 2000 lo autorizó. Reiteró que la Ley 632 de 2000 también impuso el límite del 20% a que aludió el artículo 89.1 de la Ley 142 de 1994.

⁶ La acumulación se decretó mediante auto del 4 de diciembre de 2009. Y, mediante auto del 20 de mayo de 2010 se ordenó a las partes, en ambos procesos, alegar de conclusión.

El señor Jaime Humberto Mesa Buitrago alegó que estaba probado en el proceso que el artículo 4º del Decreto 057 de 2006 violó los artículos 89.2 y 89.9 de la Ley 142 de 1994, el artículo 2º de la Ley 632 de 2002 y el artículo 189 de la C.P., por cuanto desbordó la potestad reglamentaria al contrariar la ley reglamentada.

Insistió en que si la única interpretación que emana del artículo 4º del Decreto 057 de 2006 es que la “bolsa común” debe aplicarse, aún en los casos de fondos de solidaridad y redistribución de ingresos que presentan una situación de déficit, tal interpretación era contraria a la Ley, porque contraviene los artículos 89.2 y 89.8 de la Ley 142 de 1994, en cuanto disponen que el traslado de recursos a los FSRI sólo es posible en caso de superávit, y porque, además, imposibilita a las entidades territoriales a lograr el equilibrio entre los aportes y subsidios, finalidad para la cual, el artículo 2º de la Ley 632 de 2002 ordenó expedir el reglamento.

Argumentó que todas las normas que regulan los FSRI determinan que éstos pertenecen a cada entidad territorial. Que las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios que presten servicios en entidades territoriales distintas a la entidad territorial a cuyo nombre recaudan, no tienen la oportunidad de conocer la proyección de los subsidios y aportes solidarios de aquellas entidades con las cuales compartirá sus aportes solidarios y, por ende, jamás tendrá la información suficiente para ajustar los factores porcentuales de subsidios y aportes solidarios, a fin de lograr el equilibrio.

Citó el artículo 87, numeral 3º, y los numerales 2º y 8º del artículo 89 de la Ley 142 de 1994, y dijo que, sin lugar a dudas, los recursos que se recauden por concepto de aportes solidarios deben ser utilizados para cubrir los subsidios otorgados en la entidad territorial en la cual recaudan tales aportes, a fin de determinar si existe superávit, para que pueda ser transferido a otros fondos de solidaridad y redistribución de ingresos.

Dijo que la proyección de subsidios y aportes, que en cumplimiento del numeral 1º del artículo 2º del Decreto 1013 de 2005 deben presentar las ESP, se presenta discriminando los aportes solidarios y subsidios de cada entidad territorial y no consolidando la proyección de tales aportes y subsidios en todos los municipios que conforman el ámbito de operación de la ESP. Que, en esas condiciones, el equilibrio entre subsidios y aportes, como fin último del artículo 2º de la Ley 632 de 2000 sería inane, así como también la metodología establecida en el Decreto 1013 de 2005, pues las entidades territoriales nunca tendrían la información necesaria para determinar hasta qué nivel deben ajustar los factores porcentuales de aportes solidarios y subsidios o eventualmente la tarifa, con miras a lograr ese equilibrio.

También insistió en el que el artículo 4º del Decreto 057 de 2006 violaba el principio de autonomía de las entidades territoriales prevista en los artículos 1º y 287 de la C.P., así como el artículo 150 ibídem, en cuanto regula las atribuciones otorgadas al Congreso de la República si se insiste en que la norma se interprete en el sentido cuestionado, porque, según dijo, el Gobierno Nacional no podía, mediante decreto, señalar la forma en que debían destinarse los recursos recaudados por concepto de aportes solidarios.

Puso de presente la sentencia que profirió la Sala el 25 de marzo de 2010⁷, en la que decidió la nulidad de los artículos 3º y 7º del Decreto 057 de 2006, para destacar que ya se ha dicho que sólo los órganos de representación popular

⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia del 25 de marzo de 2010. M.P. Hugo Fernando bastidas Bárcenas . Expediente 11001-03-27-000-2006-00025-00 (16078).

pueden establecer los impuestos y definir los elementos esenciales de los mismos. Que, con el mismo fundamento, sólo las entidades territoriales pueden determinar el destino de los recursos que recaude a través de un impuesto y que, por eso, el Gobierno no podía disponer que los recursos recaudados por concepto de factor por contribución sean distribuidos en todas las entidades territoriales que conforman el ámbito de operación del prestador de servicios públicos, sin importar si existe déficit o superávit, pues el único supuesto en que la Ley señaló la posibilidad de trasladar recursos de un fondo a otro, era cuando se presentaba superávit. Que, por eso, también se viola la autonomía que tienen las entidades territoriales para disponer libremente de sus rentas y recursos. Dijo que esa situación aumentaba el déficit de las entidades territoriales y obligaba a las entidades territoriales a cubrirlo con recursos que bien se podían destinar a otro tipo de gasto público.

Señaló que en la sentencia citada se precisó que tanto los aportes solidarios como los subsidios configuraban gasto público y que, como tal, sólo las entidades territoriales tenían la facultad para ordenar ese gasto.

Llamó la atención en que la nulidad del artículo 3º del Decreto 057 de 2006 implicaba excluir del artículo 4º los recursos recaudados por concepto del nivel mínimo de aporte solidario. Pero que, al margen de esto, la *ratio decidendi* de la sentencia del 25 de marzo de 2010 era aplicable al caso *in examine*, concretamente en cuanto dijo. “(...) Cuando el artículo 189 numeral 11 de la Constitución Política señala que el presidente de la República debe ejercer la potestad reglamentaria mediante al 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 (...)”

Concluyó que el artículo 4º del Decreto 057 de 2006 excedió la facultad reglamentaria establecida en el artículo 2º de la Ley 632 de 2000, pues no sólo reglamentó el asunto en contra de lo que habría establecido la Ley 142, sino que, además, lo reglamentó de tal manera que impedía lograr el equilibrio entre aportes y subsidios, como fin último de la citada ley.

El Ministerio Público puso de presente que el artículo 3º del Decreto 57 de 2006 ya había sido objeto de demanda, y que mediante sentencia del 25 de marzo de 2010⁸, la sala lo declaró nulo. Por lo tanto, recomendó estarse a lo resuelto en esa sentencia. Lo mismo recomendó frente al inciso 1º y el párrafo 1º del artículo 5º del Decreto 057 de 2006. Respecto del artículo 4º y el párrafo 2º del artículo 5º, dijo que aunque no fueron objeto de examen por la Sala en la sentencia del 25 de marzo de 2010, cabían las mismas consideraciones que allí se expusieron, para que se declare la nulidad en relación con los apartes que aluden a los factores mínimos previstos en el artículo 3º, declarado nulo. Por lo tanto, pidió anular todo referente a ese artículo, previsto en el artículo 4º y en el párrafo 2º del artículo 5º del Decreto 057 de 2006. Estarse a lo resuelto en la sentencia citada, respecto del artículo 3º del citado Decreto y, por lo tanto, acceder parcialmente a las pretensiones y negar las demás.

En cuanto a los cargos referidos a la interpretación de la norma, el Ministerio Público señaló que, como a instancia de la nulidad del factor mínimo a que hacía referencia el artículo 3º del Decreto 57 de 2006, la bolsa común de que trata el artículo 4º ya no se puede conformar con los recursos provenientes del factor mínimo, carece de objeto entrar a examinar si solamente cuando se presentaba el

⁸ Expediente 16078

superávit se lo podía destinar a los FSRI en la forma indicada en el artículo 89.2 de la Ley 142 de 1994. Que, no obstante, advertía que el artículo 4º del Decreto 057 de 2006 no desconocía que solamente si había superávit se podía realizar esa destinación, conforme lo dispone el artículo 89.2. Que, por lo tanto, no había razón legal válida para anular íntegramente tal precepto.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Corresponde a la Sala decidir la acción pública de nulidad contra los artículos 3º, 4º y 5º 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.

Como primera medida y con fundamento en la petición del representante del Ministerio Público, la Sala analizará si sobre el asunto objeto de análisis operó la cosa juzgada, pues ya la Sala, mediante sentencia del 25 de marzo de 2010 (Expediente 16078) declaró la nulidad del artículo 3º del Decreto 057 del 12 de enero de 2006 expedido por el Gobierno Nacional – Ministerio Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, así como también de las 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 5º del Decreto 057 del 12 de enero de 2006 expedido por el Gobierno Nacional – Ministerio Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.

Posteriormente, analizará los cargos de nulidad contra el artículo 4º del Decreto 057 de 2006.

Cosa Juzgada respecto de los artículos 3º y 5º del Decreto 057 de 2006

El artículo 175 del Código Contencioso Administrativo dispone lo siguiente:

“La sentencia que declare la nulidad de un acto administrativo tendrá fuerza de cosa juzgada “erga omnes”.

La que niegue la nulidad pedida producirá cosa juzgada “erga omnes” pero sólo en relación con la “causa petendi” juzgada. (...)

Se deduce de la norma citada que consagra tanto la cosa juzgada absoluta como la cosa juzgada relativa.

Para la Corte Constitucional, la cosa juzgada absoluta es aquella que opera a plenitud, precluyendo por completo la posibilidad de interponer, con posterioridad a la sentencia, nuevas demandas.¹⁰

Este efecto de cosa juzgada sólo opera cuando “**se declara la nulidad del acto demandado**”, lo cual tiene razón de ser pues, una vez que desaparece del ordenamiento jurídico la norma demandada, resulta inficioso volver a demandarla o pronunciarse sobre lo ya decidido.

⁹ Este artículo modificado por el artículo 1 del Decreto 2825 de 2006

¹⁰ Para la Corte Constitucional, habida cuenta de que sí ejerce un control integral de constitucionalidad, la cosa juzgada absoluta “(...) es aquella que opera a plenitud, precluyendo por completo la posibilidad de interponer, con posterioridad a la sentencia, nuevas demandas de inconstitucionalidad contra las normas que han sido objeto de estudio, siempre que en la providencia no se indique lo contrario, y mientras subsistan las disposiciones constitucionales que fundamentaron la decisión.” (A. 189 de 2006 Corte Constitucional)

Cosa distinta ocurre cuando el acto demandado sigue formando parte del ordenamiento jurídico y no prosperan los cargos de nulidad contra ese acto. En esos eventos, opera la cosa juzgada relativa, según la cual, se *admite* que, en el futuro, se formulen **nuevos cargos** contra la **norma** que ha sido objeto de examen, **distintos** a los que la Corporación ya ha analizado.¹¹

Mediante sentencia del 25 de marzo de 2010¹², la Sala **declaró la nulidad** del artículo 3º del Decreto 057 del 12 de enero de 2006 expedido por el Gobierno Nacional – Ministerio Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, así como también 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 5º del Decreto 057 del 12 de enero de 2006 expedido por el Gobierno Nacional – Ministerio Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.

En consecuencia, la Sala debe estarse a lo resuelto en esa sentencia, pues sobre el artículo 3º y los apartes del artículo 5º del Decreto 057 de 2006 que se declararon nulos operó la cosa juzgada absoluta.

Ahora bien, en la demanda que originó la sentencia del 25 de marzo de 2010 sólo se demandaron algunas expresiones del artículo 5º del Decreto 057 de 2006. Habida cuenta de que en este proceso se demanda la nulidad de todo el artículo, la Sala precisa que, dado que la norma que se acusa¹³ es parcialmente diferente, no ha operado la cosa juzgada absoluta, sino relativa. Opera el efecto de la cosa juzgada absoluta respecto 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 5º del Decreto 057 del 12 de enero de 2006.

Respecto del resto del articulado no ha operado ningún efecto de cosa juzgada, pues la Sala no ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el resto del contenido del artículo 5º del Decreto 056 de 2007.

No obstante, la Sala negará la pretensión de nulidad respecto de ese artículo, pues, conforme con el concepto de violación que se propuso en el expediente 16625, es evidente que la inconformidad está orientada a las mismas expresiones declaradas nulas, más no a todo el artículo. Y si así no fuera, la Sala no encuentra en el concepto de violación de la demanda, ningún cargo que

¹¹ En el mismo auto citado anteriormente, la Corte Constitucional precisa que la cosa juzgada relativa admite que, en el futuro, se formulen **nuevos cargos** contra la **norma** que ha sido objeto de examen, **distintos** a los que la Corporación ya ha analizado.

¹² 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 BOGOTÁ E.S.P. Demandado: MINISTERIO DE MEDIO AMBIENTE Y DESARROLLO TERRITORIAL.

¹³ “La causa petendi en las acciones de nulidad simple hace alusión a las normas que se citan como violadas y al concepto de la violación. Por eso, para determinar si respecto de una cosa ya operó la cosa juzgada es necesario cotejar las normas que fueron objeto de demanda en procesos ya fallados y el correspondiente concepto de violación” CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN CUARTA. CONSEJERO PONENTE: HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS. Bogotá, D.C., Diez (10) de febrero de dos mil once (2011). Radicación: 110010327000200800006 00. No. Interno: 16990. Demandante: ADAULFO ARIAS COTES, EDUARDO BOTERO SOTO Y CIA LTDA. Demandado: U.A.E DIAN.

analizar y, por ende, ningún motivo idóneo para declarar la nulidad de todo el artículo acusado.

Nulidad del artículo 4º del Decreto 057 de 2006.

En lo que respecta al artículo 4º del Decreto 057 de 2006, la Sala advierte que este artículo no fue objeto de análisis en la sentencia del 25 de marzo de 2010, porque no fue demandado y, por ende, respecto de esta disposición, no ha operado el efecto de la cosa juzgada ni absoluta ni relativa.

Sin embargo como en el concepto de violación de la demanda que se instauró dentro del expediente 16625 se alegan las mismas disconformidades que dieron origen a la nulidad del artículo 3º del Decreto 057 de 2006 y a las expresiones anteriormente aludidas del inciso primero y del párrafo primero del artículo 5º del Decreto 057 del 12 de enero de 2006, la Sala, por las mismas razones que expuso en la sentencia del 25 de marzo de 2010, declarará la nulidad por consecuencia, de las siguientes expresiones del artículo 4º del Decreto 057 de 2006: ***“de la aplicación del nivel mínimo”, “establecido en el artículo anterior” y “Una vez realizada la distribución proporcional de las sumas provenientes de la contribución por aportes solidarios, en cada uno de los municipios que conforman su ámbito de operación, la persona prestadora observará lo previsto en el párrafo del artículo 3o del presente Decreto.”***

Ahora bien, el Ministerio Público manifestó que como a instancia de la nulidad del factor mínimo a que hacía referencia el artículo 3º del Decreto 57 de 2006, - y al que remite también el artículo 4º del mismo Decreto-, la bolsa común de que trata el artículo 4º ya no se puede conformar con los recursos provenientes del factor mínimo, carece de objeto entrar a examinar si el superávit se lo podía destinar a los FSRI en la forma indicada en el artículo 89.2 de la ley 142 de 1994.

La Sala no concuerda con el agente del Ministerio Público, porque la nulidad de las expresiones ***“de la aplicación del nivel mínimo”, “establecido en el artículo anterior” y “Una vez realizada la distribución proporcional de las sumas provenientes de la contribución por aportes solidarios, en cada uno de los municipios que conforman su ámbito de operación, la persona prestadora observará lo previsto en el párrafo del artículo 3o del presente Decreto.”*** del artículo 4º del Decreto 057 de 2006 no permiten concluir que ya no se pueda conformar la bolsa común.

Leído el artículo 4º del Decreto 057 de 2006 sin los apartes declarados nulos, la Sala infiere que la bolsa común se puede conformar con los recursos que provengan del factor de aporte solidario. En efecto, la norma demandada, leída sin los apartes declarados nulos, dispondría¹⁴:

“ARTICULO 4o. DISTRIBUCIÓN DE CONTRIBUCIONES POR APORTES SOLIDARIOS EN EL INTERIOR DEL ÁMBITO DE OPERACIÓN. En el caso de personas prestadoras cuyo ámbito de operación comprenda varios municipios y/o distritos, las sumas provenientes de del factor de aporte solidario sin incluir las derivadas de la previsión contenida en el artículo 5o del presente Decreto, conformarán una bolsa común de recursos para el otorgamiento de subsidios tarifarios.

¹⁴ El aparte resaltado es el que se declara nulo.

Los recursos provenientes de la contribución por aportes solidarios se distribuirán proporcionalmente entre los municipios atendidos, de acuerdo con el siguiente procedimiento:

- a) Para cada municipio, la persona prestadora determinará los requerimientos máximos de subsidios de los usuarios de estratos 1 y 2 por ella atendidos, suponiendo un escenario de otorgamiento de subsidios correspondiente a los topes máximos establecidos por la Ley.
- b) Con base en el estimativo anterior, la persona prestadora calculará los requerimientos ajustados de subsidios, afectando el requerimiento máximo de subsidios de cada municipio por la relación entre la factura promedio sin subsidio ni contribución del municipio respectivo y la correspondiente al municipio con mayor factura promedio sin subsidio ni contribución, según los costos de referencia correspondientes, para lo cual se aplicará la siguiente fórmula:

$$SAm = Sm \times FPRm$$

$$MAX (FPRm)$$

donde:

$$FPRm = CFm + CVm \times Qm$$

FPRm = Factura promedio para el municipio m, sin subsidio ni contribución.

CFm = Componente tarifario fijo mensual para un suscriptor de estrato 4 en el municipio m.

CVm = Componente tarifario variable, por metro cúbico o por tonelada, según sea el caso, para un suscriptor de estrato 4 en el municipio m.

Qm = Consumo promedio mensual por suscriptor, calculado con base en los consumos de estrato 1 y 2 en el municipio m.

SAm = Requerimiento de subsidios ajustados para el municipio m.

Sm = Requerimiento de subsidios calculados de acuerdo con el numeral anterior.

MAX(FPRm) = Máxima factura promedio para los municipios o distritos del ámbito de operación.

- c) Las sumas así resultantes de requerimientos ajustados de subsidios serán la base para la distribución proporcional de los recursos provenientes de las contribuciones por aporte solidario, de acuerdo con la siguiente fórmula:

$$Cm = \frac{SAm}{\sum_{i=1}^n SAi}$$

Donde:

C_m = Proporción de contribuciones a ser distribuidas al municipio m

i = Municipios del ámbito de operación

Para efectos de las estimaciones establecidas en los numerales 1o y 3o del artículo 2o del Decreto 1013 de 2005 o la norma que lo modifique o adicione, las personas prestadoras deberán considerar, para cada municipio, el mecanismo de distribución establecido en el presente artículo, cuyo resultado se entenderá como el valor de los recursos potenciales a recaudar por concepto de Aportes Solidarios, el cual deberá ser informado a los respectivos alcaldes municipales y/o distritales, a efectos de la aplicación de la metodología de equilibrio entre contribuciones y subsidios contenida en el precitado Decreto.

Parágrafo. Modificado por el artículo 1 del Decreto 2825 de 2006. La bolsa común de recursos a la cual hace referencia el presente artículo corresponde a los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado”.

Ahora bien, como se sabe, el factor del aporte solidario se calcula atendiendo a la metodología que estableció el Decreto 1013 de 2005. Conforme se dijo en la sentencia del 25 de marzo de 2010, “(...) *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. (...)*”

En la sentencia también se precisó en qué consistía la metodología que al tenor del artículo 2º del Decreto 1013 de 2005 se debía seguir para establecer el factor del aporte solidario así:

“- 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.”

Con fundamento en lo expuesto, en la sentencia del 25 de marzo de 2010, la Sala concluyó que *“(...) 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 ese contexto, si la nulidad del artículo 3º del Decreto 057 de 2006 no implicó la nulidad del factor del aporte solidario, pues tal factor lo regula la ley y lo deben establecer los concejos municipales o distritales conforme con la metodología prevista en el Decreto 1013 de 2005, para la Sala es evidente que la bolsa común puede conformarse con los recursos que recauden las ESP, por concepto de ese aporte fijado en esas condiciones.

Por lo tanto, es pertinente que la Sala analice si es nulo el artículo 4º del Decreto 057 de 2006.

Ahora bien, dado que el demandante fundamenta los cargos de violación a partir de la interpretación que hace de la norma demandada, la Sala precisa que, en virtud de la acción de nulidad simple, a la jurisdicción de lo contencioso administrativo le corresponde ejercer el control de legalidad, control que ejerce mediante el cotejo de la norma cuestionada con las normas que se dicen violadas. Por eso, no es pertinente que el control de legalidad se haga a partir de la interpretación sugerida por las partes en el proceso, puesto que el control de

legalidad no tiene por objeto avalar esas interpretaciones, aunque haya que aludir a las mismas para establecer si se configura el cargo de violación. De ahí que, la Sala simplemente analizará si el artículo 4º del Decreto 057 de 2006 viola los artículos 1º, 150, 189 y 287 de la Carta Política; 89, numerales 2º y 9º de la Ley 142 de 1994; y 2º de la Ley 632 de 2000, básicamente porque para la parte actora, el Gobierno Nacional, con la norma demandada, desconoció la autonomía de las entidades territoriales para administrar sus propios recursos y, en esa medida, por extralimitación en el ejercicio de la potestad reglamentaria.

De la autonomía de las entidades territoriales para administrar sus propios recursos. De la violación de los artículos 1º y 287 de la Carta Política.

Mediante sentencia C-540 de 2001, la Corte Constitucional hizo precisiones sobre el alcance del artículo 1º de la Carta Política, concretamente, en cuanto a cómo deben armonizarse los postulados referidos a la república unitaria y a los de la autonomía de las entidades territoriales. Ese análisis lo hizo la Corte a efectos de precisar cuáles eran los límites que tenía el legislador para establecer el ámbito de autonomía de las entidades territoriales, sin desconocerla.

Dijo la Corte en esa oportunidad que *“La autonomía, al ser gubernamental y administrativa, se refiere no sólo a la facultad de dirección política sino también a la potestad de gestión de sus propios recursos.”* Pero que *“Sin embargo, esta facultad deb[ía] ejercerse conforme a la Constitución y la ley, como lo define el artículo 287.”*

Como la autonomía de las entidades territoriales queda supeditada a la Constitución y a la Ley, para la Corte Constitucional la potestad conferida al legislador para definir el ámbito del ejercicio de esa autonomía territorial tiene límites. El primer límite que destaca la Corte es el de la primacía del principio de unidad en general sobre el principio de autonomía en particular. El segundo límite lo constituye el equilibrio que tiene que existir entre el poder central y la autonomía territorial. Y el tercero, *“(…) los principios de fundamentalidad del municipio y los de coordinación, concurrencia y subsidiariedad (C.P., arts. 288 y 311).”*

En ese contexto, la Corte se refirió a la autonomía de las entidades territoriales para gestionar sus propios recursos, y dijo que la responsabilidad fiscal y macroeconómica del Gobierno era uno de aquellos aspectos que formaban parte de la primacía del principio de unidad sobre el principio de autonomía y que, por eso, la autonomía presupuestal de los entes territoriales debía ejercerse dentro de las metas macroeconómicas y de los planes de financiamiento estatal.

Pero también la Corte advirtió que, para que no se vulnere esa autonomía presupuestal, cuando el legislador se ocupaba de definir determinadas políticas presupuestales o de saneamiento fiscal no podía entrar a definir específicamente las funciones que debían cumplir las entidades territoriales al punto de dejarlas sin margen de acción. Que, así mismo, el legislador no podía transferir en su totalidad las responsabilidades de la nación, sin el acompañamiento de los medios y recursos necesarios para atenderlos eficientemente.

De ahí que, la Corte Constitucional abordara el análisis de la norma acusada en ese proceso¹⁵, a partir del estudio sistemático de la misma a efectos de advertir si la medida adoptada en la norma demandada era proporcional en cuanto a si daba un margen de acción a las entidades territoriales o, por el contrario, implicaba un

¹⁵ Ley 617 de 2000

vertimiento total de la competencia por parte del Estado en cabeza de las entidades territoriales.

A partir de los mismos parámetros analizará la Sala la medida que adoptó el Gobierno Nacional en el artículo 4º del Decreto reglamentario 057 de 2006.

Pues bien, el objetivo principal del artículo 4º del Decreto 057 de 2006 fue el de facultar a las empresas prestadoras de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado a conformar una bolsa común con los recursos provenientes del factor de aporte solidario para que puedan ser distribuidos proporcionalmente por dichas empresas entre los municipios atendidos por estas, de acuerdo con el procedimiento expresamente establecido en ese Decreto.

Una vez realizada la distribución proporcional de los recursos conforme con el procedimiento establecido, el artículo 4º demandado dispone que las entidades prestadoras deben observar lo previsto en el parágrafo del artículo 3º del Decreto 057 de 2006.

Según el parágrafo del artículo 3º del Decreto 057 de 2006, las entidades prestadoras deben asignar los recursos provenientes del factor de aporte solidario conforme con los criterios de asignación que dicte el Alcalde respectivo. Pero, también dice que cuando el Alcalde no haya fijado criterios de asignación, se faculta a la empresa prestadora a que reparta los subsidios conforme a las reglas previstas en ese parágrafo.

Adicionalmente, el artículo 4º demandado prevé que las empresas prestadoras “deberán considerar”, para cada municipio, el mecanismo de distribución establecido en la misma disposición para cuando vaya a hacer las estimaciones establecidas en los numerales 1º y 3º del artículo 2º del Decreto 1013 de 2005.

Como se recordará, el Decreto 1013 de 2005 estableció la metodología para la determinación del equilibrio entre los subsidios y las contribuciones para los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo.

Conforme con los numerales 1º y 2º del artículo 2º del Decreto 1013 “1. Antes del 15 de julio de cada año, todas las personas prestadoras de cada uno de los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo, de acuerdo con la proyección de usuarios y consumos, la estructura tarifaria vigente, y el porcentaje o factor de Aporte Solidario aplicado en el año respectivo, [deben] presentar[...] al Alcalde, por conducto de la dependencia que administra el Fondo de Solidaridad y Redistribución de Ingresos del respectivo municipio o distrito, según sea el caso, una estimación para el año siguiente del monto total de los recursos potenciales a recaudar por concepto de aportes solidarios, así como la información del número total de usuarios atendidos, discriminados por servicio, estrato y uso, y para los servicios de acueducto y alcantarillado, la desagregación de consumos y vertimientos, respectivamente, según rango básico, complementario o suntuario. “3. Con la información obtenida (...), las personas prestadoras de cada uno de los servicios [de acueducto y alcantarillado], establecerán el valor de la diferencia entre el monto total de subsidios requerido para cada servicio y la suma de los aportes solidarios a facturar, cuyo resultado representará el monto total de los recursos necesarios para obtener el equilibrio”.

De manera que, el otro propósito del artículo 4º del Decreto 057 de 2006 fue involucrar el procedimiento para determinar la distribución de los recursos del factor de aporte solidario en la metodología para la determinación del equilibrio

entre los subsidios y las contribuciones para los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado.

Este propósito es importante por cuanto, como lo reitera el artículo 4º demandado, el resultado de las estimaciones establecidas en los numerales 1º y 3º del artículo 2º del Decreto 1013 de 2005 son, a su vez, los recursos potenciales que los municipios deben recaudar por concepto de aportes solidarios, a través de las empresas prestadoras. De ahí que el artículo 4º demandado reitere el deber de las empresas prestadoras de informar a los respectivos alcaldes de los resultados de esas estimaciones, porque con fundamento en esa información, el alcalde municipal o distrital, luego de analizarla, debe proceder a preparar un proyecto consolidado de los recursos que potencialmente se van a recaudar, proyecto que debe presentarlo a discusión y aprobación del concejo municipal o distrital, quien, conjuntamente con la aprobación del presupuesto del respectivo ente territorial, se encargan de definir el porcentaje de aporte solidario necesario para solventar el déficit entre aportes y subsidios.

Visto el alcance del artículo 4º del Decreto 057 de 2006, la Sala considera que cuando el artículo demandado establece una serie de facultades a cargo de las empresas prestadoras de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado, antes que limitar la autonomía de las entidades territoriales para fijar sus propios recursos, coadyuva a la misma.

En efecto, los cálculos que las entidades prestadoras de tales servicios deben hacer para establecer, por una parte, el estimado de los recursos potenciales que deben recaudar las entidades territoriales por concepto de aportes solidarios en aras de disminuir el déficit de los aportes y los subsidios, y, por otra, los montos proporcionales que tales entidades deben distribuir entre los municipios y/o distritos que correspondan a su ámbito de operación, son un factor determinante y útil para que los alcaldes analicen y ponderen los recursos que necesitan para cubrir no solo los subsidios de los usuarios de los estratos 1 y 2 de los servicios de acueducto y alcantarillado, sino también el déficit existente entre aportes y subsidios. Así mismo, son un factor determinante y útil para que los concejos municipales o distritales definan el porcentaje de aporte solidario necesario para cubrir los subsidios y solventar el déficit.

De manera que, la labor que las entidades prestadoras de los servicios de acueducto y alcantarillado ejecutan incide en la actividad que deben ejecutar las entidades territoriales para fijar y distribuir sus recursos propios, pero no suplantando a esas entidades en la realización de las mismas, al punto de limitar su autonomía fiscal y presupuestal. Por lo tanto, el artículo 4º no viola el contenido esencial de la autonomía territorial¹⁶ previsto en el artículo 287 de la Carta Política, como

¹⁶ En la sentencia C-540 de 2001 la Corte Constitucional dijo que "(...) En un Estado de derecho no existen poderes absolutos conferidos a ninguna autoridad y ni siquiera un poder de representación directa como es el legislativo tiene esa facultad. En consecuencia ¿cuáles son los límites del legislador para definir el ámbito de la autonomía territorial? La Corte en repetidas oportunidades ha hecho referencia a la necesidad de definir la tensión entre el principio de unidad nacional y el principio de autonomía territorial buscando principalmente la armonía.¹⁶ El equilibrio entre el poder central y la autonomía territorial constituye limitaciones recíprocas. Así, si la unidad nacional prevalece de conformidad con lo dispuesto en la Carta Política al establecer que la autonomía debe desarrollarse dentro de los límites previstos por la Constitución y la ley, la reglamentación debe respetar a su vez, el contenido esencial de la autonomía territorial.

El artículo 287 de la Constitución define las competencias propias de los entes territoriales y los aspectos allí previstos se consideran indispensables para la configuración del concepto de autonomía. Este núcleo esencial debe ser respetado por el legislador porque el principio de autonomía es un componente esencial del orden constitucional.

El núcleo esencial de la autonomía territorial se deriva de la posibilidad de gestionar sus propios intereses, entendida como la facultad de constituir sus propias formas de gobierno, de administración local. La cercanía y eficiencia que persigue la descentralización y la presencia autónoma de las instituciones estatales en conexión directa con las comunidades, tienen recíprocamente constituida la reserva que se confiere al ente central de representar el interés nacional, resguardo del principio de unidad.

tampoco viola el artículo 1º idem, pues el artículo 4º demandado salvaguarda la autonomía territorial prevista en esa norma, así como también los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad “(...) *tal y como lo dispone el artículo 288 constitucional, para armonizar las complejas relaciones en que puede desenvolverse la vida institucional, económica y fiscal, así como la planeación entre la Nación y las entidades territoriales, bajo el entendido que los intereses territoriales son articulables y no enfrentados, como una premisa política en un Estado Unitario*”¹⁷

Ahora bien, dado que para la parte actora el artículo 4º del Decreto 057 de 2006 viola los artículos 1º y 287 de la Carta Política si se interpreta en el sentido de que la bolsa común de que trata esa norma se debe conformar con todos los recursos que se recauden por concepto de factor de aporte solidario en los respectivos municipios o distritos en los cuales presten el servicio, sin importar que la entidad territorial presente déficit o superávit en la balanza de contribuciones y subsidios, la Sala precisa que no advierte esa violación, por las siguientes razones.

El artículo 4º demandado partía del presupuesto de que la bolsa común se iba a conformar con las sumas provenientes de la aplicación del nivel mínimo del factor de aporte solidario que establecía el artículo 3º. Dado que ese nivel mínimo fue declarado nulo por esta Sala, se precisó que a partir de esa nulidad, se entendería que la bolsa común se conformaría con las sumas provenientes del factor de aporte solidario establecido conforme con la metodología prevista en el Decreto 1013 de 2005.

Por otra parte, dado que la norma no hace otro tipo de distinción, del tenor literal no es pertinente inferir que las entidades prestadoras deban tomar únicamente los recursos de los aportes de las entidades territoriales cuyo balance entre subsidios y aporte arroje superávit. Por el contrario, de la norma se infiere que las entidades prestadoras deben tomar en consideración, para formar la bolsa común, las sumas provenientes del factor de aporte solidario que se recauden en todos los municipios y/o distritos sobre los cuales, tales empresas presten el servicio o tengan cobertura.

Ahora, si se acude a un análisis lógico de interpretación¹⁸, la Sala tampoco arriba a la conclusión que expuso la parte actora, porque para que una entidad territorial arroje superávit es porque muy seguramente está tasando de manera adecuada el monto de los recursos que requiere para cubrir los subsidios correspondientes, hecho que sólo podría advertirse después de que se ha aplicado el procedimiento de distribución de que trata el artículo 4º demandado y la metodología para la determinación del equilibrio entre los subsidios y las contribuciones para los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado. Luego, la interpretación que propone la parte actora no tiene asidero jurídico para efectos de restringir su alcance, conforme con lo pedido. En consecuencia, no prospera el cargo de la demanda.

De la potestad reglamentaria. Violación de los artículos 150 y 189 de la Carta Política; 89, numerales 2º y 9º de la Ley 142 de 1994 y 2º de la Ley 632 de 2000,

¹⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-1187 de 2000

¹⁸ Según Jaime Giraldo Ángel, “El análisis lógico permite ampliar o restringir el alcance de una norma, de acuerdo con su naturaleza.” JAIME GIRALDO ANTEL. Metodología y Técnica de la Investigación Jurídica. Séptima edición. 1996 Ediciones Librería del Profesional. Bogotá-Colombia

La parte actora invocó como normas violadas los artículos 150 y 189 de la Carta Política pero no adujo argumentos diferentes a los ya analizados en el acápite anterior.

Esa alusión general de las citadas disposiciones que aluden a la facultad del Congreso para dictar leyes en todas las materias que le conciernen a la sociedad y al Estado Colombiano, y a la facultad del Gobierno para reglamentarlas, permiten advertir que la parte actora no formuló debidamente el cargo contra el artículo 4º del Decreto 057 de 2006.

No obstante lo anterior, dado que el cargo de violación directa de las normas de la Constitución se fundamentó también en la violación directa de los artículos 89, numerales 2º y 9º de la Ley 142 de 1994 y 2º de la Ley 632 de 2000, la Sala analizará el cargo de violación por extralimitación en el ejercicio de la potestad reglamentaria.

Pues bien, la Sala reitera¹⁹ que la facultad reglamentaria, que la Constitución le reconoce al poder ejecutivo, es una facultad gobernada por el principio de necesidad, que se materializa justamente en la necesidad que en un momento dado existe de detallar el cumplimiento de una ley que se limitó a definir de forma general y abstracta determinada situación jurídica. Entre más general y amplia haya sido la regulación por parte de la ley, más necesidad hay de la reglamentación en cuanto que este mecanismo facilitará la aplicación de la ley al caso concreto. A contrario sensu, cuando la ley ha detallado todos los elementos necesarios para aplicar esa situación al caso particular no hay necesidad de reglamentos. Es evidente que el control judicial que recae sobre el reglamento debe cuidar que la función reglamentaria no sobrepase ni invada la competencia del legislativo, en el sentido de que el reglamento no puede ni desfigurar la situación regulada por la ley ni hacerla nugatoria ni extenderla a situaciones de hecho que el legislador no contempló. Si el reglamento preserva la naturaleza y los elementos fundamentales de la situación jurídica creada por la ley, bien puede este instrumento propio del ejecutivo detallar la aplicación de la ley al caso mediante la estipulación de todo lo concerniente al modo como los sujetos destinatarios de la ley la deben cumplir.

Ahora bien, cuando la potestad reglamentaria se ejecuta para detallar la aplicación de una ley que regule impuestos territoriales, el Gobierno debe tener en cuenta, además de lo precisado anteriormente, el respeto por la autonomía fiscal de las entidades territoriales y, por ende, al igual que esa ley, el reglamento también debe respetar el margen proporcional de acción que deben tener las entidades territoriales y, por lo mismo, el reglamento tampoco puede verter todo ese margen de acción en cabeza de las entidades territoriales.

La parte actora insiste en que el Gobierno excedió la facultad reglamentaria porque de conformidad con los artículos 89.2 y 89.9 de la Ley 142 de 1994, los recursos recaudados por concepto de aportes solidarios sólo pueden ser asignados para pagar los subsidios que conceden las entidades territoriales diferentes a aquellas que efectuaron el recaudo del aporte, en aquellos casos en los que su balance entre subsidios y aportes arroje superávit.

Que, por eso mediante el Decreto 565 de 1996²⁰, el Gobierno Nacional definió y reguló el aporte solidario y, entre otros asuntos, dispuso la forma como se manejarían los superávits del aporte solidario que se recaude.

¹⁹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN CUARTA. Consejero Ponente: HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS. Bogotá D.C. Dieciséis (16) de marzo de dos mil once (2011). Radicación número: 11001-03-27-000-2008-00012-00(17066). Actor: MARY CLAUDIA SÁNCHEZ PEÑA. Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.

²⁰ Por el cual se reglamenta la Ley 142 de 1994, en relación con los Fondos de Solidaridad y Redistribución de Ingresos del orden departamental, municipal y distrital para los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo.

Así mismo, dijo que con el artículo 4º del Decreto 057 de 2006, el Gobierno excedió la facultad reglamentaria, porque si el artículo 2º de la Ley 632 de 2000 dispuso que el Gobierno establecería la metodología para asegurar que el monto de las contribuciones sea suficiente para cubrir los subsidios que se apliquen, es decir, para mantener el equilibrio, no se cumple esa finalidad si al aplicar el artículo 4º del Decreto 057 de 2006 y el Decreto 1013 de 2005 las entidades territoriales siguen presentando una situación deficitaria de los aportes solidarios y los subsidios.

De ahí que insista en que debería interpretarse el artículo 4º del Decreto 056 de 2006 en el sentido de que la bolsa común se conforme únicamente con los recursos de los aportes de las entidades territoriales cuyo balance entre subsidios y aporte arroje superávit.

Pues bien, conforme se precisó en la sentencia del 25 de marzo de 2010 *“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).”*

También se precisó que el artículo 89 de la Ley 142 de 1994, en aplicación de los 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.” Y “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.”*

Ahora bien, como la distribución de lo recaudado por concepto del factor se haría conforme al artículo 89.2. de la Ley 472 de 1994, es menester tener en cuenta qué reguló sobre el particular el legislador. Dice el numeral 2 del artículo 89 de la citada Ley:

“Artículo 89. ARTÍCULO 89. APLICACIÓN DE LOS CRITERIOS DE SOLIDARIDAD Y REDISTRIBUCIÓN DE INGRESOS.

(...)

2. Quienes presten los servicios públicos harán los recaudos de las sumas que resulten al aplicar los factores de que trata este artículo y los aplicarán al pago de subsidios, de acuerdo con las normas pertinentes, de todo lo

cual llevarán contabilidad y cuentas detalladas. Al presentarse superávits por este concepto, en empresas de servicios públicos oficiales de orden distrital, municipal o departamental se destinarán a "fondos de solidaridad y redistribución de ingresos" para empresas de la misma naturaleza y servicio que cumplan sus actividades en la misma entidad territorial al de la empresa aportante. Si los "fondos de solidaridad y redistribución de ingresos" después de haber atendido los subsidios de orden distrital, municipal o departamental, según sea el caso, presentaren superávits, éstos últimos se destinarán para las empresas de la misma naturaleza y servicio con sede en departamentos, distritos o municipios limítrofes, respectivamente. Los repartos se harán de acuerdo a los mecanismos y criterios que establezcan las comisiones de regulación respectivas. Los superávits, por este concepto, en empresas privadas o mixtas prestatarias de los servicios de agua potable o saneamiento básico y telefonía local fija*, se destinarán a los "fondos de solidaridad y redistribución de ingresos" del municipio o distrito correspondiente y serán transferidos mensualmente, de acuerdo con los mecanismos que establezcan las comisiones de regulación respectivas. Los superávits, por este concepto, en empresas privadas o mixtas prestatarias de los servicios de energía eléctrica y gas combustible irán a los fondos que más adelante se desarrollan en este mismo artículo.”

Conforme con la norma citada se extraen las siguientes reglas:

- El recaudo del aporte o factor solidario le corresponde a las empresas que presten el servicio público.
- Lo que se recaude por factor solidario se debe destinar para el pago de subsidios, de acuerdo con las normas pertinentes,
- Para el efecto, las empresas prestadoras deben llevar contabilidad y cuentas detalladas.
- Si se recauda por aporte solidario más de lo que se necesita para pagar los subsidios, las empresas de servicios públicos oficiales de orden distrital, municipal o departamental deben destinar el superávit a los "fondos de solidaridad y redistribución de ingresos".
- El superávit que se transfiera a los fondos de solidaridad y redistribución de ingresos se debe destinar al pago de los subsidios que le corresponda cubrir a empresas de servicios públicos oficiales que presten el mismo servicio en la misma entidad territorial al de la empresa aportante.
- Si después de la anterior distribución, los "fondos de solidaridad y redistribución de ingresos" presentan superávit, éste se destinará para pagar los subsidios de los usuarios de las empresas de la misma naturaleza y servicio con sede en departamentos, distritos o municipios limítrofes, respectivamente. Los repartos se harán de acuerdo a los mecanismos y criterios que establezcan las comisiones de regulación respectivas.
- Cuando el superávit proviene de las empresas privadas o mixtas prestatarias de los servicios de agua potable o saneamiento básico, aquel se destinará a los "fondos de solidaridad y redistribución de ingresos" del municipio o distrito correspondiente.

Ahora bien, el artículo 2º de la Ley 632 de 2000 dispone:

“ARTICULO 2o. 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.***

El Ministerio de Vivienda interpretó que el artículo 2º de la Ley 632 de 2000 se podía reglamentar en dos aspectos: El primero, respecto de la metodología para la determinación del equilibrio entre las contribuciones y subsidios. El segundo, respecto de la destinación de los recursos que las empresas prestadoras recauden por concepto del factor de solidaridad.

Por eso, el artículo 4º del Decreto 057 de 2006 dispuso las reglas de esa destinación, así:

- Las entidades prestadoras deben distribuir los recursos provenientes de la contribución por aportes solidarios proporcionalmente entre los municipios que estas atienden.
- Para el efecto, la persona prestadora debe determinar, para cada municipio, los requerimientos máximos de subsidios de los usuarios de estratos 1 y 2 por ella atendidos, suponiendo un escenario de otorgamiento de subsidios correspondiente a los topes máximos establecidos por la Ley.
- Con base en el estimativo anterior, la persona prestadora debe calcular los requerimientos ajustados de subsidios, afectando el requerimiento máximo de subsidios de cada municipio por la relación entre la factura promedio sin subsidio ni contribución del municipio respectivo y la correspondiente al municipio con mayor factura promedio sin subsidio ni contribución, según los costos de referencia correspondientes. Para el efecto, el Decreto proporciona una fórmula.
- El resultado de la anterior operación constituye la base para la distribución proporcional de los recursos provenientes de las contribuciones por aporte solidario. Para el efecto, el Decreto también suministra una fórmula.
- Establecido lo anterior, las empresas prestadoras deben asignar los recursos destinados a sufragar los subsidios. Para la asignación, deben atender los criterios que establezcan los alcaldes o el gobernador, según el caso, pues, si bien la Sala, mediante sentencia del 24 de marzo de 2010 declaró la nulidad de todo el artículo 3º del Decreto 57 de 2006 cuyo párrafo remitía al artículo

6º del Decreto 565 de 1996, ese pronunciamiento no conllevó la nulidad de este artículo. Por lo tanto, persiste la obligación de los Alcaldes municipales o distritales o del Gobernador, según sea el caso, de definir los criterios con los cuales deben asignarse los recursos destinados a sufragar los subsidios, y de las empresas prestadoras de seguir ese criterio.

Ahora bien, el artículo 4º del Decreto 057 de 2006 también dispone que para efectos de establecer la estimación del monto total de los recursos potenciales a recaudar por concepto de aportes solidarios en la siguiente anualidad (numeral 1º del artículo 2º del Decreto 1013 de 2005)²¹ y el monto total de los recursos necesarios para obtener el equilibrio. (numeral 3º del artículo 2º del Decreto 1013 de 2005), las personas prestadoras deberán considerar, para cada municipio, el mecanismo de distribución establecido en el artículo 4º del Decreto 057 de 2006. De tal manera que el valor que resulte de aplicar el mecanismo de distribución establecido en esa norma “se entenderá como el valor de los recursos potenciales a recaudar por concepto de Aportes Solidarios”. Esta cifra es la que las empresas prestadoras deben informar a los respectivos alcaldes municipales y/o distritales, para que en aplicación de la metodología prevista en el Decreto 1013 de 2005, los alcaldes procedan a analizar el cálculo efectuado por las empresas prestadoras y prepare el proyecto consolidado para ser discutido y aprobado en el respectivo concejo municipal o distrital, quien, conjuntamente con la aprobación del presupuesto del respectivo ente territorial, definirá el porcentaje de aporte solidario necesario para solventar los subsidios que falten por cubrir.

Conforme con lo expuesto, para la Sala, partiendo del presupuesto de que las entidades territoriales están prestando déficit en la balanza entre subsidios y contribuciones, y que tanto el Decreto 1013 de 2005, como el Decreto 057 de 2006 se expidieron para propender por el equilibrio de esa balanza, tiene razón el Ministerio demandado en cuanto indica que el artículo 4º del Decreto 057 de 2006 no establece distinción de ningún orden para interpretar que la bolsa común debe conformarse con los recursos que por aporte solidario recauden las empresas prestadoras en los municipios o distritos que no presenten déficit.

También le asiste razón en cuanto a que la norma no regula en lo absoluto los recursos que se asignan a los FSRI, porque, como se vio, esos fondos se nutren, entre otros recursos, con el superávit del factor de aporte solidario.

Ahora bien, respecto a si cuando el artículo 2º de la Ley 632 de 2000 dispone que “Las entidades prestadoras destinarán los recursos provenientes de la aplicación

²¹ Artículo 2º. *Metodología para la determinación del equilibrio.* La presente metodología deberá llevarse a cabo cada año para asegurar que para cada uno de los servicios, el monto total de las diferentes clases de contribuciones sea suficiente para cubrir el monto total de los subsidios que se otorguen en cada Municipio o Distrito por parte del respectivo concejo municipal o distrital, según sea el caso, y se mantenga el equilibrio. Esta metodología corresponde a la descrita en los siguientes numerales:

1. Antes del 15 de julio de cada año, todas las personas prestadoras de cada uno de los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo, de acuerdo con la proyección de usuarios y consumos, la estructura tarifaria vigente, y el porcentaje o factor de Aporte Solidario aplicado en el año respectivo, presentarán al Alcalde, por conducto de la dependencia que administra el Fondo de Solidaridad y Redistribución de Ingresos del respectivo municipio o distrito, según sea el caso, una estimación para el año siguiente del monto total de los recursos potenciales a recaudar por concepto de aportes solidarios, así como la información del número total de usuarios atendidos, discriminados por servicio, estrato y uso, y para los servicios de acueducto y alcantarillado, la desagregación de consumos y vertimientos, respectivamente, según rango básico, complementario o suntuario.

En el servicio de aseo se reportarán adicionalmente los resultados del aforo de los Grandes Generadores y la información de los Pequeños Productores y Multiusuarios que lo hayan solicitado.

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

de este factor para subsidios a los usuarios atendidos por la entidad, **dentro de su ámbito de operaciones**.”, el ámbito de operación se entiende referido a todas las entidades territoriales en las que presta el servicio la empresa prestadora, la Sala precisa que también es cierto, porque de conformidad con el artículo 23 de la Ley 142 de 1994, las empresas de servicios públicos pueden operar en igualdad de condiciones en cualquier parte del país, con sujeción a las reglas que rijan en el territorio del correspondiente departamento o municipio.

En consecuencia, si las empresas prestadoras operan en varias entidades territoriales, su ámbito de operación cubrirá la jurisdicción de esas entidades territoriales.

De lo anterior se deduce que fue la Ley 632 de 2000 la que reguló como un nuevo evento la posibilidad de hacer cruces entre las contribuciones recaudadas por el prestador que opera en varios municipios o distritos con los subsidios de los usuarios de esa empresa.

En esa medida era pertinente y necesario que el Gobierno reglamentara el inciso referido y, por lo tanto, no se configura la causal de violación de los artículos 150 y 189 de la C.P., por extralimitación de las facultades reglamentarias.

Tampoco se configura la causal de violación de los artículos 89, numerales 2º y 9º de la Ley 142 de 1994, y 2º de la Ley 632 de 2000, por extralimitación de la facultad reglamentaria, porque, como se precisó, si era necesario que el Gobierno Nacional reglamentara el artículo 2º de la Ley 632 de 2000. Adicionalmente, conforme se precisó anteriormente, el artículo 4º no desconoce la autonomía de las entidades territoriales para administrar sus propios recursos, puesto que, como se pudo observar, la metodología que previó el Decreto 1013 de 2005 se estableció para hacer una proyección anual de lo requerido por contribuciones para el pago de subsidios, proyección que se hace atendiendo la metodología y las fórmulas establecidas en el artículo 4º del Decreto 057 de 2006. De tal manera que, la cifra que resulte de esos cálculos es la que se pone a consideración del respectivo alcalde o gobernador para que analice la cifra, la ponga en consideración del concejo municipal o distrital, o asamblea departamental, y se programe el ingreso por concepto de aporte parafiscal y el gasto público por concepto de subsidios.²² En consecuencia, si el reglamento era necesario y, además, permite el campo de acción de la entidad territorial en respeto de la autonomía fiscal y presupuestal, el reglamento se ajusta a la ley. Por lo tanto, el cargo no prospera.

Por último, y en cuanto a las particularidades que el demandante planteó sobre el caso de Barranquilla, habida cuenta de que escapan al análisis de la Sala en el contexto de una acción de nulidad simple, no emitirá ningún pronunciamiento sobre el particular.

Por las razones anteriores, se negará la nulidad del artículo 4º del Decreto 057 de 2006, sin perjuicio de la declaratoria de nulidad de las expresiones *“de la aplicación del nivel mínimo”, “establecido en el artículo anterior”* y *“Una vez realizada la distribución proporcional de las sumas provenientes de la contribución por aportes solidarios, en cada uno de los municipios que conforman su ámbito de operación, la persona prestadora observará lo previsto en el parágrafo del artículo 3o del presente Decreto.”*, contenidas en la misma disposición.

²² Por eso, en la sentencia del 25 de marzo de 2010, la Sala precisó: “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)”.

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. **ESTÉSE** a lo resuelto en las sentencias del 25 de marzo de 2007, expediente **11001-03-27-000-2006-00025-00(16078)** proferida por esta Sala, que declaró la nulidad del artículo 3º del Decreto 057 de 2006 y 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 5º del Decreto 057 del 12 de enero de 2006 expedido por el Gobierno Nacional – Ministerio Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.
2. **DECLÁRASE** la nulidad de las expresiones *“de la aplicación del nivel mínimo”, “establecido en el artículo anterior”* y *“Una vez realizada la distribución proporcional de las sumas provenientes de la contribución por aportes solidarios, en cada uno de los municipios que conforman su ámbito de operación, la persona prestadora observará lo previsto en el párrafo del artículo 3o del presente Decreto.”*, contenidas en el artículo 4º del Decreto 057 del 12 de enero de 2006 expedido por el Gobierno Nacional – Ministerio Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.
3. **DENIÉGASE** la nulidad de los artículos 4º y 5º, en los apartes distintos que no fueron declarados nulos, del Decreto 057 del 12 de enero de 2006 expedido por el Gobierno Nacional – Ministerio 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

CARMEN TERESA ORTÍZ DE RODRÍGUEZ