

INTRODUCCIÓN

Tradicionalmente en Colombia, la prestación de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado, ha sido deficiente, tanto en la calidad como en la continuidad y la cobertura, sobre todo en zonas geográficas de difícil acceso o marginadas por su pobreza, adicionalmente se ven afectadas también por la ineficiente administración de los recursos.

Es así como las normas específicas sobre SPD, han tratado de solucionar el problema, pero estas normas se han quedado cortas, la mayoría de estas normas se piensan, diseñan y aplican para zonas urbanas importantes, para ciudades capitales o intermedias, pero las zonas rurales y las ciudades pequeñas se ven en problemas para poder mantener los sistemas de AAA, toda vez que en su mayoría no cuentan con estratos económicos contributivos, que son los que sostienen los esquemas y subsidian a los estratos subsidiables.

No obstante el Estado ha dispuesto dineros adicionales para cubrir las deficiencias de recursos, reflejados en el SGP para APSB, lo cual ha sido un aporte para aliviar las deficiencias de la prestación de los servicios públicos domiciliarios de agua potable, alcantarillado y aseo, pero estos recursos tienen unas limitaciones en cuanto a su uso e inversión, por lo que no se pueden utilizar para el administración, mantenimiento y operación de los esquemas de prestación de estos servicios.

Es por tanto, que se hace necesario buscar la manera que estos recursos se aumenten o que se permita la utilización de los mismos en la AOM de los esquemas de la prestación de los servicios de AAA, sobre todo en los municipios categoría 6°, ya que estos municipios en su gran mayoría no cuentan con estratos contributivos, pero si cuentan con estratos subsidiables, lo que desencadena en un desequilibrio entre subsidios y contribuciones en servicios públicos domiciliarios, tal y como lo ordena la ley 142 de 1994, ya que los esquemas solo pueden mantenerse con los ingresos obtenidos por el pago de la tarifa.

En consecuencia, los municipios categoría 6° han venido utilizando los recursos del SGP en actividades no elegibles de estos recursos¹, lo que conlleva a que estas administraciones violen la ley o que se vean abocados a sanciones tanto disciplinarias como penales.

En Colombia hay 965 municipios categoría 6°,² que equivalen al 87.65% de los municipios del país, en estos entes territoriales la administración, operación y

¹ Ley 1176 de 2007, artículo 11.

² Resolución 578 de 2014 de la Contaduría General de la Nación, Diario oficial No. 49.367 de 16 de diciembre de 2014, publicado en la página web www.imprenta.gov.co.

mantenimiento de los sistemas de suministro de agua potable y saneamiento básico, debe asumirse por el usuario por medio de la tarifa.³

Si analizamos cuales son los gastos de administración, operación y mantenimiento, podemos inferir que dentro de estos gastos está el pago de salarios para cargos administrativos y los operarios de los acueductos, oficina y servicios de la misma, gastos administrativos, la compra de insumos químicos, pago de energía para transporte de agua, mantenimiento de las plantas de tratamiento de agua potable y de aguas residuales, preservación de cuencas hidrográficas, captación, conducción, potabilización, distribución del agua, imprevistos y demás gastos que se requiere para sostener la prestación del servicio.

En consecuencia los gastos desbordan los ingresos y la tarifa no es suficiente para cubrir eficientemente dichos costos, por lo tanto la prestación del servicio puede vulnerar los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad establecidos en el artículo 49 de la Constitución Nacional, y cumplir con los criterios de eficiencia económica, neutralidad, solidaridad y redistribución, suficiencia financiera y transparencia; establecidos en la leyes 142 de 1994 y 715 de 2001, el decreto 565 del Ministerio de Desarrollo Económico y las resoluciones de la Comisión Reguladora de Agua Potable y Saneamiento Básico.

Teniendo en cuenta lo anterior, el objetivo general planteado en esta investigación se limita a identificar una posible solución mediante la cual se puedan utilizar los recursos de SGP en la AOM de los sistemas de suministro de agua potable y saneamiento básico en los municipios categoría 6°

En consecuencia se ofrece una posible solución al problema, la cual radica en modificar el artículo 11 de la Ley 1176 de 2007, adicionando un literal (J), que permita que los recursos del SGP, se puedan utilizar para la AOM de los sistemas de prestación del servicio de AAA en los municipios de categoría 6°.

³ Ley 142 de 1994, artículo 99.6

LOS RECURSOS PROVENIENTES DEL SISTEMA GENERAL DE PARTICIPACIONES DESTINADOS PARA AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BÁSICO EN MUNICIPIOS CATEGORÍA 6°.

* Rodney Castaño Álzate⁴

* Fredy Rolando Herrera García⁵

De los 1101 municipios de Colombia⁶, 965 son de categoría 6°,⁷ es decir el 87.65%, en dichos municipios la prestación del servicio público domiciliario correspondiente a agua potable y saneamiento básico se ve económica afectada, dado que los costos de administración, operación y mantenimiento (AOM) de los sistemas de suministro de acueducto, alcantarillado y aseo (AAA), deben ser erogados únicamente por el usuario mediante la tarifa y no pueden ser cubiertos por los subsidios de estos servicios.

Según el artículo 2 de la Constitución Nacional⁸, son fines esenciales del Estado, servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución.

El artículo 365 de la Constitución Nacional establece que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado, por lo tanto es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.⁹

El artículo 99.6 de la ley 142 de 1994, consagra que los costos de administración, operación y mantenimiento deben ser cubiertos por el usuario, mediante la tarifa.¹⁰ Igualmente establece que los subsidios solo pueden ser utilizados para la recuperación de la inversión y para subsidiar el cargo fijo de los estratos 1, 2 y 3,¹¹ por lo tanto no pueden ser utilizados para la administración,

⁴ Rodney Castaño Álzate, abogado egresado de la Universidad Santo Tomas de Aquino, correo rodneycas1@gmail.com, teléfono celular 3112156378.

⁵ Fredy Rolando Herrera García, abogado egresado de la Universidad Santo Tomas de Aquino, correo fhg1974@gmail.com teléfono celular 3114666244.

⁶ Página web del DANE, DIVIPOLA, <http://geoportal.dane.gov.co:8084/Divipola/>

⁷ Resolución 578 de 2014 de la Contaduría General de la Nación, Diario oficial No. 49.367 de 16 de diciembre de 2014, publicado en la página web www.imprenta.gov.co.

⁸ Constitución Nacional de Colombia, "Artículo 2. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo."

⁹ Constitución Nacional de Colombia de 1991, "Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional."

¹⁰ Ley 142 de 1994, "La parte de la tarifa que refleje los costos de administración, operación y mantenimiento a que dé lugar el suministro será cubierta siempre por el usuario;..."

¹¹ Decreto 565 de 1996, artículo 3, y Resolución 151 de 2001 numeral 2.5.2.2 de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico.

operación y mantenimiento de los sistemas de agua potable y saneamiento básico.¹²

La ley 1176 de 2007 Sistema General de Participaciones, para agua potable y saneamiento básico, prevé que se pueden utilizar dichos recursos únicamente en lo establecido en el artículo 11 de la ley 1176 de 2007, que consagra lo siguiente:

“Artículo 11. Destinación de los recursos de la participación de agua potable y saneamiento básico en los distritos y municipios. Los recursos del Sistema General de Participaciones para agua potable y saneamiento básico que se asignen a los distritos y municipios, se destinarán a financiar la prestación de los servicios públicos domiciliarios de agua potable y saneamiento básico, en las siguientes actividades:

a) Los subsidios que se otorguen a los estratos subsidiables de acuerdo con lo dispuesto en la normatividad vigente;

b) Pago del servicio de la deuda originado en el financiamiento de proyectos del sector de agua potable y saneamiento básico, mediante la pignoración de los recursos asignados y demás operaciones financieras autorizadas por la ley;

c) Preinversión en diseños, estudios e interventorías para proyectos del sector de agua potable y saneamiento básico;

d) Formulación, implantación y acciones de fortalecimiento de esquemas organizacionales para la administración y operación de los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo, en las zonas urbana y rural;

e) Construcción, ampliación, optimización y mejoramiento de los sistemas de acueducto y alcantarillado, e inversión para la prestación del servicio público de aseo;

f) Programas de macro y micromedición;

g) Programas de reducción de agua no contabilizada;

h) Adquisición de los equipos requeridos para la operación de los sistemas de agua potable y saneamiento básico;

i) Participación en la estructuración, implementación e inversión en infraestructura de esquemas regionales de prestación de los municipios.

Parágrafo 1°. Las inversiones en proyectos del sector que realicen los distritos y municipios deben estar definidos en los planes de desarrollo, en los planes para la gestión integral de residuos sólidos y en los planes de inversiones de las personas prestadoras de servicios públicos que operen en el respectivo distrito o municipio.

¹² Concepto No. 017642 de fecha 25 de mayo de 2012 – en respuesta a petición del Alcalde Municipal de Tauramena Casanare.

Parágrafo 2°. De los recursos de la participación para agua potable y saneamiento básico de los municipios clasificados en categorías 2ª, 3ª, 4ª, 5ª y 6ª, deberá destinarse mínimo el quince por ciento (15%) de los mismos a la actividad señalada en el literal a) del presente artículo.

En los eventos en los cuales los municipios de que trata el presente parágrafo hayan logrado el correspondiente equilibrio entre subsidios y contribuciones, podrán destinar un porcentaje menor de los recursos del Sistema General de Participaciones para el sector de agua potable y saneamiento básico para tal actividad, conforme a la reglamentación que para el efecto expida el Gobierno Nacional”¹³.

En atención al artículo antes transcrito surge la siguiente pregunta: ¿Es posible utilizar los recursos del sistema general de participaciones en la administración, operación y mantenimiento en el suministro de agua potable y saneamiento básico en los municipios categoría 6°?

Los recursos del sistema general de participación, no se pueden utilizar o invertir para el administración, operación y mantenimiento de la prestación del servicio de agua potable y saneamiento básico, es decir con este dinero no se puede pagar los insumos químicos para las plantas de tratamiento de agua potable y de aguas residuales, o para el pago de energía, salarios, mantenimiento, imprevistos, y los municipios utilizan dichos recursos del SGP para cubrir estos gastos, por la falta de recursos propios y el déficit generalizado de capital.^{14,15}

En consecuencia analizando la norma constitucional y legal, el Estado Colombiano no está cumpliendo con los fines establecidos en el artículo 2 de la Constitución Nacional, ni con su finalidad social relacionada con la prestación eficiente de los servicios públicos, consagrada en el artículo 365 de misma norma superior.

Concretamente 965 municipios de Colombia que están categorizados dentro del nivel 6°,¹⁶ la prestación del servicio público domiciliario correspondiente a agua potable y saneamiento básico se ve económica afectada, puesto que los costos de administración, operación y mantenimiento (AOM) de los sistemas de suministro de acueducto, alcantarillado y aseo (AAA), deben ser erogados únicamente por el usuario mediante la tarifa y no pueden ser cubiertos por los subsidios de estos servicios.

El objetivo general planteado en esta investigación se limita a identificar una posible solución mediante la cual se puedan utilizar los recursos de SGP en la

¹³ Ley 1176 de 2007.

¹⁴ Ministerio de Vivienda - Informe de monitoreo recursos del sistema general de participaciones para agua potable y saneamiento básico (SGP- APSB) 2013. APSB%20vigencia%202013.pdf.

¹⁵ Concepto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público radicado No. 022059 de fecha 11 de julio de 2011, la Subdirección de Fortalecimiento Institucional Territorial, Dirección General de Apoyo Fiscal, en respuesta a petición del señor CARLOS JAIR OVIEDO ZAMBRANO, Secretario de Hacienda Municipal, del municipio de Mitú – Vaupés.

¹⁶ Resolución 578 de 2014 de la Contaduría General de la Nación, Diario oficial No. 49.367 de 16 de diciembre de 2014, publicado en la página web www.imprenta.gov.co

AOM de los sistemas de suministro de agua potable y saneamiento básico en los municipios categoría 6°, en consecuencia haremos un análisis constitucional, legal, doctrinario que nos permita entender el problema ya planteado, identificar hallazgos y llegar a conclusiones y lógicamente una posible solución.

La prestación eficiente de los servicios públicos domiciliarios en Colombia hace parte del fin del Estado, es así que el artículo 2 de la Constitución Nacional¹⁷, consagra, “son fines esenciales del Estado, servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución.”¹⁸

Así mismo nuestra Constitución Nacional prevé lo siguiente:

“ARTICULO 49. Modificado por el Acto Legislativo No 02 de 2009. La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado.”¹⁹

“ARTICULO 78. VIGILANCIA A PRODUCCIÓN, BIENES Y SERVICIOS. La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización. Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios. El Estado garantizará la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen. Para gozar de este derecho las organizaciones deben ser representativas y observar procedimientos democráticos internos.

“ARTICULO 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: (...)

23. Expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos.”²⁰

ARTICULO 189. Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa: (...)

22. Ejercer la inspección y vigilancia de la prestación de los servicios públicos.”²¹

“ARTICULO 311. Al municipio como entidad fundamental de la división político-administrativa del Estado le corresponde prestar los servicios públicos que determine la ley, construir las obras que demande el progreso local, ordenar el desarrollo de su territorio, promover

¹⁷ Constitución Nacional de Colombia de 1991 “Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.”

¹⁸ Constitución Nacional de Colombia de 1991.

¹⁹ Constitución Nacional de Colombia de 1991.

²⁰ Constitución Nacional de Colombia de 1991.

²¹ Constitución Nacional de Colombia de 1991.

la participación comunitaria, el mejoramiento social y cultural de sus habitantes y cumplir las demás funciones que le asignen la Constitución y las leyes.”

“ARTICULO 334. Modificado por el art. 1, Acto Legislativo 003 de 2011, Desarrollado por la Ley 1695 de 2013. El nuevo texto es el siguiente: La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. Dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho. En cualquier caso el gasto público social será prioritario.”²²

“ARTICULO 356. Modificado por el Acto Legislativo No. 01 de 2001, Modificado por el Acto Legislativo No. 01 de 1993, Desarrollado por la Ley 1176 de 2007. Modificado por el Acto Legislativo 01 de 1995.

Artículo 2°. El artículo 356 de la Constitución Política de Colombia quedará así:

Salvo lo dispuesto por la Constitución, la ley, a iniciativa del Gobierno, fijará los servicios a cargo de la Nación y de los Departamentos, Distritos, y Municipios. Para efecto de atender los servicios a cargo de éstos y a proveer los recursos para financiar adecuadamente su prestación, se crea el Sistema General de Participaciones de los Departamentos, Distritos y Municipios.

Los Distritos tendrán las mismas competencias que los municipios y departamentos para efectos de la distribución del Sistema General de Participaciones que establezca la ley.

Para estos efectos, serán beneficiarias las entidades territoriales indígenas, una vez constituidas. Así mismo, la ley establecerá como beneficiarios a los resguardos indígenas, siempre y cuando estos no se hayan constituido en entidad territorial indígena.

Inciso 4, Modificado por el art. 1, Acto Legislativo 04 de 2007, así: Los recursos del Sistema General de Participaciones de los departamentos, distritos y municipios se destinarán a la financiación de los servicios a su cargo, dándoles prioridad al servicio de salud, los servicios de educación, preescolar, primaria, secundaria y media, y servicios públicos domiciliarios de agua potable y saneamiento básico, garantizando la prestación y la ampliación de coberturas con énfasis en la población pobre.”²³

“ARTICULO 357. Desarrollado por la Ley 1176 de 2007, Modificado por el Acto Legislativo No. 01 de 1995, Modificado por el Acto Legislativo No. 01 de 2001, Modificado por el art. 4, Acto Legislativo 04 de 2007, así (...)

Los municipios clasificados en las categorías cuarta, quinta y sexta, de conformidad con las normas vigentes, podrán destinar libremente, para inversión y otros gastos inherentes al funcionamiento de la administración municipal, hasta un cuarenta y dos (42%) de los recursos que

²² Constitución Nacional de Colombia de 1991.

²³ Constitución Nacional de Colombia de 1991.

perciban por concepto del Sistema General de Participaciones de Propósito General, exceptuando los recursos que se distribuyan de acuerdo con el inciso anterior.

Cuando una entidad territorial alcance coberturas universales y cumpla con los estándares de calidad establecidos por las autoridades competentes, en los sectores de educación, salud y/o servicios públicos domiciliarios de agua potable y saneamiento básico, previa certificación de la entidad nacional competente, podrá destinar los recursos excedentes a inversión en otros sectores de su competencia. El Gobierno Nacional reglamentará la materia.”²⁴

El artículo 365 de la Constitución Nacional establece que “...los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado, por lo tanto es deber del Estado asegurar la prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.”²⁵

Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita.”²⁶

Igualmente, la prestación de los servicios públicos domiciliarios surgen de la función social que es inherente al estado, en virtud de dicha función la Constitución Nacional mediante los art 366 al 370²⁷ establecen las pautas y características del régimen de los subsidios y contribuciones en materia de los SS.PP.DD., con el fin de materializar los principios de solidaridad y redistribución de ingresos, así mismo se autoriza a los entes territoriales para que con cargo a su presupuesto, establezcan subsidios para las clases menos favorecidas es decir para los estratos 1, 2 y 3.

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

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

ARTICULO 367. La ley fijará las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación, y el régimen tarifario que tendrá en cuenta además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos.

²⁴ Constitución Nacional de Colombia de 1991.

²⁵ Constitución Nacional de Colombia, “Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.”

²⁶ Constitución Nacional de 1991.

²⁷ Constitución Nacional de 1991.

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

La ley determinará las entidades competentes para fijar las tarifas.

ARTICULO 368. La Nación, los departamentos, los distritos, los municipios y las entidades descentralizadas podrán conceder subsidios, en sus respectivos presupuestos, para que las personas de menores ingresos puedan pagar las tarifas de los servicios públicos domiciliarios que cubran sus necesidades básicas.

De este artículo constitucional surge el principio de “solidaridad en las tarifas públicas”, el cual se resume en que el estado a través del presupuesto de los departamentos, los distritos, los municipios y las entidades descentralizadas debe subsidiar a los usuarios más pobres, que no pueden pagar la tarifa, en referencia a este tema escribe el doctor Guillermo Sánchez Luque , lo siguiente: “(...) el artículo 368 superior se erige en pieza fundamental del estado social de derecho, como instrumento de materialización del valor superior de la solidaridad y la concreción del principio de dignidad humana, sobre el que se fundamenta nuestro ordenamiento jurídico.

En cuanto al régimen tarifario, el criterio de solidaridad previsto en el art 368 de la Constitución fue ampliamente desarrollado – desde el punto de vista legal – por la ley 142 de 1994, bien a través del factor aplicado a los usuarios de los estratos altos industriales y comerciales, o bien mediante los subsidios directos que han de incorporarse a los respectivos presupuestos, teniendo como referente la estratificación socio económica (indicador que también se constituye en expresión de la solidaridad)”²⁸Velilla, 2005, pág. 170.

Así mismo la Constitución Política, establece:

ARTICULO 369. La ley determinará los deberes y derechos de los usuarios, el régimen de su protección y sus formas de participación en la gestión y fiscalización de las empresas estatales que presten el servicio. Igualmente definirá la participación de los municipios o de sus representantes, en las entidades y empresas que les presten servicios públicos domiciliarios.²⁹

ARTICULO 370. Corresponde al Presidente de la República señalar, con sujeción a la ley, las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios y ejercer por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el control, la inspección y vigilancia de las entidades que los presten.”³⁰

En el mismo sentido y en desarrollo de los mandatos constitucionales antes indicados la ley 142 de 1994 en su artículo 94 consagra el marco legal en donde desarrolla el régimen de subsidios y contribuciones y establece la obligatoriedad del equilibrio entre los dos, específicamente el numeral 6 del artículo 99 de la ley 142 de 1994, consagra que los costos de administración, operación y

²⁸ Velilla Moreno Marco Antonio, compendio Los servicios públicos como instrumento de solidaridad y cohesión social del Estado, Guillermo Sánchez López, ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez C. Ltda., enero 26 de 2005, página No. 170.

²⁹ Constitución Nacional de 1991.

³⁰ Constitución Nacional de 1991.

mantenimiento correspondiente a la prestación de los servicios de APSB deben ser cubiertos por el usuario, mediante la tarifa.

Según el artículo 99.6 de la ley 142 de 1994, consagra que los costos de administración, operación y mantenimiento deben ser cubiertos por el usuario, mediante la tarifa.

“99.6. La parte de la tarifa que refleje los costos de administración, operación y mantenimiento a que dé lugar el suministro será cubierta siempre por el usuario; la que tenga el propósito de recuperar el valor de las inversiones hechas para prestar el servicio podrá ser cubierta por los subsidios, y siempre que no lo sean, la empresa de servicios públicos podrá tomar todas las medidas necesarias para que los usuarios las cubran. En ningún caso el subsidio será superior al 15% del costo medio del suministro para el estrato 3, al 40% del costo medio del suministro para el estrato 2, ni superior al 50% de éste para el estrato 1.” (Subrayado fuera de texto).

NOTA: Numeral declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-566 de 1995.

El artículo 2° de la Ley 632 de 2000³¹, señaló que la contribución de solidaridad que se aplica a los estratos 5 y 6 y a los industriales y comerciales para los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo, se debe ajustar 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 la Ley 142 de 1994 y se mantenga el equilibrio según la metodología establecida por el Gobierno Nacional. Así mismo, determinó la norma que los prestadores 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.

Posteriormente el Decreto 1013 de 2005³², establece la metodología para la determinación del equilibrio entre los subsidios y las contribuciones para los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo., en el art 2° se establece un mecanismo, donde la empresa prestadora del servicio público, debe presentar ante la alcaldía de cada municipio, la proyección de contribuciones o aporte solidario, y la necesidad de los subsidios que requiera para el siguiente año, recibido este informe por el alcalde este debe preparar un proyecto que garantice el equilibrio mencionado.

Este proyecto debe ser presentado ante el concejo, y conjuntamente con el presupuesto municipal del ente territorial debe ser aprobado, fijando los porcentajes de subsidios y contribuciones que garanticen el equilibrio. Este

³¹ Ley 632 de 2000.

³² Decreto 1013 de 2005.

proyecto debe tener en cuenta los recursos que se encuentren en el fondo de solidaridad y redistribución de ingresos.

Finalmente una vez aprobado dicho proyecto, el alcalde y el concejo municipal o distrital, deberán divulgarlo ampliamente en los medios de comunicación, locales y regionales señalando claramente el impacto de su decisión sobre las tarifas a usuario final de cada uno de los servicios.

Dicho Decreto 1013 de 2005 establece:

“Artículo 1°. Ámbito de aplicación. La metodología que se establece en el presente decreto, se aplica a todas las personas prestadoras de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo, así como a los municipios y distritos como los entes responsables de garantizar la prestación eficiente de los mismos.

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

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

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

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

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

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

5. Recibida por parte del alcalde municipal o distrital la solicitud o solicitudes de que trata el numeral anterior, procederá a analizarlas y a preparar un proyecto consolidado sobre el particular para ser presentado a discusión y aprobación del concejo municipal o distrital, quien, conjuntamente con la aprobación del presupuesto del respectivo ente territorial, definirá el porcentaje de aporte solidario necesario para solventar dicho faltante, teniendo en consideración prioritariamente los recursos con los que cuenta y puede contar el municipio o distrito en el Fondo de Solidaridad y Redistribución de Ingresos, con base en las fuentes de recursos para contribuciones señaladas en el artículo 3° del Decreto 849 de 2002 y demás normas concordantes.

Parágrafo 1°. Tanto los factores de subsidio por estrato como el porcentaje o factor de Aporte Solidario en cada servicio, definidos por el Concejo, serán iguales para todas las personas prestadoras del mismo servicio en el municipio o distrito respectivo.

Parágrafo 2°. Una vez aprobado y expedido el acuerdo correspondiente, el alcalde y el concejo municipal o distrital, deberán divulgarlo ampliamente en los medios de comunicación locales y regionales, señalando claramente el impacto de su decisión sobre las tarifas a usuario final de cada uno de los servicios.”³³

Seguidamente el gobierno nacional desarrollando los artículos constitucionales 356 y 357, mediante la Ley 1176 de 2007, establece el Sistema General de Participaciones, el artículo 2, establece:

“Artículo 2°. (El artículo 2° de la Ley 715 de 2001, fue modificado por el artículo 4° de la Ley 1176 de 2007, quedará así:

“Artículo 4°. Distribución Sectorial de los Recursos. El monto total del Sistema General de Participaciones, una vez descontados los recursos a que se refiere el parágrafo 2° del artículo 2° de la Ley 715 y los párrafos transitorios 2° y 3° del artículo 4° del Acto Legislativo 04 de 2007, se distribuirá entre las participaciones mencionadas en el artículo 3° de la Ley 715, así:

1. Un 58.5% corresponderá a la participación para educación.
2. Un 24.5% corresponderá a la participación para salud.
3. Un 5.4% corresponderá a la participación para agua potable y saneamiento básico.
4. Un 11.6% corresponderá a la participación de propósito general”.³⁴

Así mismo la Ley 1176 de 2007, refiriéndose al numeral 3 del artículo antes mencionado, prevé que se pueden utilizar dichos recursos destinados a agua

³³ Decreto 1013 de 2005

³⁴ Ley 1176 de 2007.

potable y saneamiento básico únicamente en lo establecido en el artículo 11 misma ley³⁵.

En consecuencia, según el artículo 11 de la Ley 1176 de 2007, de la ley prevé en que actividades se puede destinar estos recursos y dentro de estas actividades no se incluye la administración, operación y mantenimiento de los sistemas de acueducto y alcantarillado de la prestación del servicio de APSB.

En la Ley 1450 de 2011, Plan Nacional de Desarrollo 2010 – 2014, dado que para la fecha, es decir 7 de junio de 2015, no ha sido a probado el plan 2015-2018, en el artículo 125, establece los factores de aporte solidario de los servicios de acueducto, alcantarillado y saneamiento básico, así como los subsidios de servicios públicos para los estratos subsidiables, limitándose únicamente a fijar los porcentajes de distribución de los subsidios o aportes solidarios entre los estratos 1, 2 y 3, pero finalmente, no se aborda el problema que se presenta en los municipios de categoría 6°, donde los estratos de aporte solidario son casi inexistentes, en consecuencia, los estratos 1,2 y 3 de dicho entes territoriales se quedan cortos en la administración, operación y mantenimiento de sus sistemas de prestación de servicios públicos de APSB.³⁶

La Ley 1450 de 2011, establece:

“Artículo 125. Subsidios y contribuciones para los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo. Para efectos de lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 99 de la Ley 142 de 1994, para los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo, los subsidios en ningún caso serán superiores al setenta por ciento (70%) del costo del suministro para el estrato 1, cuarenta por ciento (40%) para el estrato 2 y quince por ciento (15%) para el estrato 3.

Los factores de aporte solidario para los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo a que hace referencia el artículo 2° de la Ley 632 de 2000 serán como mínimo los siguientes: Suscriptores Residenciales de estrato 5: cincuenta por ciento (50%); Suscriptores Residenciales de estrato 6: sesenta por ciento (60%); Suscriptores Comerciales: cincuenta por ciento (50%); Suscriptores Industriales: treinta por ciento (30%).

De conformidad con lo previsto en los artículos 15.2, 16 y 87.3 de la Ley 142 de 1994, los usuarios de servicios suministrados por productores de servicios marginales independientes o para uso particular, y ellos mismos en los casos de autoabastecimiento, en usos comerciales en cualquier clase de suelo y de vivienda campestre en suelo rural y rural suburbano, deberán hacer los aportes de contribución al respectivo fondo de solidaridad y redistribución del ingreso, en los porcentajes definidos por la entidad territorial. La Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico regulará la materia.

³⁵ Ley 1176 de 2007.

³⁶ Concepto No. 017642 de fecha 25 de mayo de 2012 – en respuesta a petición del Alcalde Municipal de Tauramena Casanare.

Parágrafo 1°. Los factores de subsidios y contribuciones aprobados por los respectivos Concejos Municipales tendrán una vigencia igual a cinco (5) años, no obstante estos factores podrán ser modificados antes del término citado, cuando varíen las condiciones para garantizar el equilibrio entre subsidios y contribuciones.

Parágrafo 2°. Para efectos de los cobros de los servicios públicos domiciliarios, se considerará a las personas prestadoras de servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo, como suscriptores industriales.”³⁷

El Decreto 1484 de 2014 artículos 22 al 25, establece los lineamientos constitucionales legales en servicios públicos domiciliarios de APSB. Finalmente este decreto reitera el equilibrio que debe existir entre subsidios y contribuciones pero nuevamente dicha norma que es de carácter general, no soluciona el problema planteado en este trabajo.

“EQUILIBRIO ENTRE SUBSIDIOS Y CONTRIBUCIONES DE QUE TRATA EL PARÁGRAFO 2° DEL ARTÍCULO 11 DE LA LEY 1176 DE 2007

Artículo 22. Condición de Equilibrio. Para efectos de lo previsto en este Decreto se entenderá que existe equilibrio, cuando de la información reportada al Sistema Único de Información (SUI) en el formato denominado "Balance de subsidios y contribuciones", con corte a 30 de marzo de cada vigencia se evidencie que en el año anterior, los subsidios otorgados a los estratos subsidiables para cada uno de los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo fueron cubiertos con los recursos del Fondo de Solidaridad y Redistribución del Ingreso Municipal y los aportes solidarios recaudados por los prestadores de servicios públicos para cada uno de los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo de la entidad territorial en la respectiva vigencia.

Parágrafo. Los recursos provenientes de la bolsa común para el otorgamiento de subsidios tarifarios a que se refiere el Decreto 4924 de 2011, o la norma que lo modifique, adicione o sustituya, y aquellos correspondientes a las contribuciones por aportes solidarios que sean distribuidos entre los municipios del ámbito de operación a que se refiere el artículo 2° del mencionado decreto, no serán tenidos en cuenta para la determinación de la condición de equilibrio a que se refiere el presente artículo.

Artículo 23. Apropiación de los recursos de la participación para Agua Potable y Saneamiento Básico en los municipios calificados en categorías 2ª, 3ª, 4ª, 5ª y 6ª. Los municipios clasificados en categorías 2ª, 3ª, 4ª, 5ª y 6ª deberán destinar en cada vigencia mínimo el quince por ciento (15%) de los recursos del Sistema General de Participaciones para Agua Potable y Saneamiento Básico a financiar los subsidios que se otorguen a los estratos subsidiables, a menos que hayan logrado la condición de equilibrio a la que se refiere el artículo 22 del presente Decreto, demostrando el cumplimiento de las siguientes condiciones:

a) Haber obtenido la certificación para la administración del SGP por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios a 31 de diciembre de la vigencia anterior a la cual pretende aplicar el parágrafo 2° del artículo 11 de la Ley 1176 de 2007.

³⁷ Ley 1450 de 2011.

b) Tener creado el Fondo de Solidaridad y Redistribución de Ingresos para cada uno de los servicios de Acueducto, Alcantarillado y Aseo.

) Contar con los contratos y/o convenios vigentes para la transferencia de los recursos de subsidios con cada uno de los prestadores de los servicios de acueducto, alcantarillado y, aseo en la zona urbana y rural del municipio o distrito, que figuren en el Registro Único de Prestadores de Servicios (RUPS).

, cuando el municipio sea prestador directo de alguno de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo, deberá contar con:

i. El acto administrativo mediante el cual se fijan las condiciones para el manejo y transferencia de los recursos destinados a otorgar subsidios, a las cuentas separadas donde se lleva la contabilidad de los servicios públicos domiciliarios que preste el municipio de manera directa.

ii. Las certificaciones expedidas por la Tesorería Municipal, donde consten los traslados contables de recursos destinados a otorgar subsidios, cuenta del Fondo de Solidaridad y Redistribución de Ingresos y de esta a las cuentas separadas donde se lleva la contabilidad de los servicios públicos domiciliarios que preste el municipio de manera directa y para cada uno de los mismos.

d) Reportar en el Presupuesto de Gastos de Inversión del Formulario Único Territorial (FUT), los pagos realizados por la entidad territorial por concepto de subsidios en la vigencia inmediatamente anterior a la que se pretende aplicar el presente decreto.

e) Contar con el paz y salvo del pago de subsidios a cada uno de los prestadores de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo en la zona urbana y rural del municipio o distrito, que figuren en el Registro Único de Prestadores de Servicios (RUPS) y que efectivamente hayan prestado el respectivo servicio.

f) Contar con el acuerdo por medio del cual el Concejo Municipal realiza la apropiación y aprobación de la destinación de los recursos para el otorgamiento de los subsidios, en la vigencia en la cual se aplicará el presente Decreto, y que cubra los porcentajes de subsidios máximos establecidos en la Ley 1450 de 2011 o la que la modifique, complemente o sustituya.

g) Contar con el acuerdo municipal para la vigencia en la cual se aplicará el presente Decreto, por medio del cual se fijan los factores de aporte solidario de los estratos 5 y 6, y de los usuarios industriales y comerciales, los cuales deberán ajustarse a lo establecido en la Ley 1450 de 2011 o la que la modifique, complemente o sustituya total o parcialmente.

h) Contar con los Decretos de adopción de las estratificaciones urbana, de los centros poblados, fincas y viviendas dispersas y haber cargado al Sistema Único de Información (SUI) el estrato asignado y aplicado a cada inmueble residencial, conforme a los actos administrativos distritales o municipales de adopción de la estratificación.

i) Haber aplicado la metodología a que hace referencia el Decreto 1013 de 2005 o la norma que lo modifique, complemente o sustituya, y que la aplicación de la misma demuestre que los recursos requeridos para el otorgamiento de subsidios con cargo a los recursos del Sistema

General de Participaciones para Agua Potable y Saneamiento Básico, en la vigencia para la cual se aplicará el presente decreto, son inferiores al quince por ciento (15%) de la respectiva asignación.

j) Los municipios prestadores directos de alguno de los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo, deberán tener reportado en el Sistema Único de Información (SUI), la aplicación de la metodología tarifaria prevista por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico para el efecto.

Artículo 24. Procedimiento. Cumplidos los requisitos del artículo anterior, el representante legal del municipio que desee destinar menos del 15% de la participación del SGP-APSB al otorgamiento de subsidios, de conformidad con el parágrafo 2° del artículo 11 de la Ley 1176 de 2007, deberá expedir una certificación en la cual indique el monto a apropiar de los recursos del Sistema General de Participaciones para Agua Potable y Saneamiento Básico destinado al otorgamiento de subsidios, manifestando que cumple con los requisitos exigidos en este decreto.

Dicha certificación deberá ser cargada a través del Sistema Único de Información (SUI) de acuerdo con lo establecido por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

Artículo 25. Monitoreo, seguimiento y control. Lo previsto en el presente título estará sometido al monitoreo, seguimiento y control de conformidad con las normas vigentes.”³⁸

Mediante la Resolución 578 de 2014 de la Contaduría General de la Nación, podemos establecer que el número de municipios que corresponden a la categoría 6° son novecientos sesenta y cinco (965) ³⁹ y los municipios de Colombia son 1101, por lo tanto la afectación en la prestación del servicio público domiciliario correspondiente a agua potable y saneamiento, se extiende a una población considerable, de lo cual podemos inferir la necesidad de buscar la solución al problema planteado.

Según la Jurisprudencia del Consejo de Estado radicado 25000-23-24-000-2004-00917-01(AP), cuyo consejero ponente fue el Enrique Gil Botero, de fecha veinticuatro (24) de enero de dos mil once (2011)⁴⁰, encontramos lo siguiente:

“...iv). No se pueden subsidiar los costos de "Administración, Operación y Mantenimiento", conocidos como AOM, condición declarada exequible por la Corte Constitucional, en la sentencia C-566 de 1995, en los siguientes términos: "En su lugar, la alternativa del equilibrio entre los principios, parece a juicio de la Corte la más razonable. La premisa de esta escogencia del Legislador, consiste en limitar el monto del subsidio a un nivel que pueda sufragarse con cargo principal - entre otras fuentes- a los gravámenes que se imponen a los usuarios de los estratos altos, los que serían desproporcionados si se hubiese establecido un subsidio total. Adicionalmente, la exclusión del subsidio respecto de los costos de administración,

³⁸ Decreto 1484 de 2014.

³⁹ Resolución 578 de 2014 de la Contaduría General de la Nación, Diario oficial No. 49.367 de 16 de diciembre de 2014, publicado en la página web www.imprenta.gov.co

⁴⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Consejero ponente: Enrique Gil Botero, veinticuatro (24) de enero de dos mil once (2011), RADICADO 25000-23-24-000-2004-00917-01(AP) página web <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=42014>.

operación y mantenimiento del servicio, lo que también explica la limitación en el monto total del subsidio, garantiza el nivel mínimo de eficiencia compatible con la concesión de la ayuda estatal."

INFORMES

Según el Informe de monitoreo de recursos del sistema general de participaciones para agua potable y saneamiento básico (SGP- APSB), presentado por el Ministerio de Vivienda, viceministerio de agua potable y saneamiento básico, publicado en el año 2013.⁴¹ Se evidencia que los dineros del sistema general de participación se destinan únicamente en subsidios para estratos 1, 2, y 3 y con respecto a AOM del suministro de APSB no hay ningún recurso.

De lo anterior, se puede concluir que de "\$76.716 millones del SGP y APSB comprometidos en el servicio de acueducto, el 35.08% se destina a atender necesidades de subsidios; para alcantarillado se comprometieron \$17.807 millones, de los cuales el 22.8% se asignan a subsidios; y, para aseo de los \$14.232 millones comprometidos, el 64.31% se destinó a subsidios.

Ahora bien, se reportan \$15.410 millones comprometidos en actividades de sectores diferentes de agua potable y saneamiento básico, las cuales no son elegibles de gasto de conformidad con el artículo 11 de la Ley 1176 de 2007."

CONCEPTOS

En concepto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público radicado No. 022059 de fecha 11 de julio de 2011, la Subdirección de Fortalecimiento Institucional Territorial, Dirección General de Apoyo Fiscal, en respuesta a petición del señor CARLOS JAIR OVIEDO ZAMBRANO, Secretario de Hacienda Municipal, del municipio de Mitú – Vaupés, conceptuó respecto a la utilización de los recursos del SGP, lo siguiente:

"De acuerdo con la Ley 142 de 1994, la prestación de los servicios públicos domiciliarios está financiada con los recursos originados en la tarifa, el fondo de solidaridad y redistribución del ingreso y en caso de insuficiencia de estos recursos los recursos propios de la entidad territorial.

Los recursos originados en la aplicación de la tarifa, de acuerdo con los artículo 90 a 98 de la Ley 142 de 1994 y las resoluciones tarifarias que emita la autoridad competente, cubren todos los gastos en los que incurra el prestador del servicio, relacionados con los costos de administración (gastos de nómina, administración y asociados); costos operativos (compra de insumos necesarios para la potabilización y tratamiento); costos de inversión (relacionados con la ampliación y mejoramiento de coberturas); y los costos que genera el cumplimiento del pago de

⁴¹ Informe de monitoreo de recursos del sistema general de participaciones para agua potable y saneamiento básico (SGP- APSB), pagina 123.
<http://www.minvivienda.gov.co/Lists/InformesSGP/Attachments/6/Informe%20Monitoreo%20SGPAPSB%20vigencia%202013.pdf>.

tasas ambientales. De tal forma que los recursos de SGP agua potable y saneamiento básico no podrá financiar los gastos que la tarifa ya está financiando.

El Fondo de Solidaridad y Redistribución del Ingreso FSRI es el mecanismo legal mediante el cual el prestador del servicio aplica los aportes pagados por los usuarios de los estratos residenciales 4 y 5 y los usuarios comerciales e industriales, al pago de los subsidios otorgados a predios de uso residencial clasificados en estratos 1, 2 y 3 de acuerdo con lo establecido por el correspondiente Consejo Municipal. De tal forma que estos recursos no pueden ser destinados a ningún tipo de gasto diferente del pago de subsidios.

La destinación de los recursos del SGP AP y SB fue establecida por el artículo 11 de la Ley 1176 de 2007, de la siguiente manera:

“Artículo 11. Destinación de los Recursos de la Participación de Agua Potable y Saneamiento Básico en Los Distritos y Municipios. Los recursos del Sistema General de Participaciones para agua potable y saneamiento básico que se asignen a los distritos y municipios, se destinarán a financiar la prestación de los servicios públicos domiciliarios de agua potable y saneamiento básico, en las siguientes actividades:

- a) Los subsidios que se otorguen a los estratos subsidiables de acuerdo con lo dispuesto en la normatividad vigente;...*

La destinación de los recursos del SGP propósito general para municipios de cuarta, quinta y sexta categoría, fue establecida en el artículo 21 de la Ley 1176 de 2007, en donde se señala que los municipios de estas categorías podrán destinar libremente, para inversión u otros gastos inherentes al funcionamiento de la administración municipal, hasta un cuarenta y dos por ciento (42%) de los recursos que perciban por la participación de propósito general, lo cual se denomina libre destinación. El resto de esos recursos son de forzosa inversión y se deben destinar al desarrollo de las competencias a cargo del municipio de conformidad con la ley.

- 1. El municipio puede contratar con el 42% de los recursos del SGP propósito general, gastos de funcionamiento que computarán para los indicadores de la Ley 617 de 2000.*

Sin embargo, llama la atención que el funcionamiento originado en la prestación del servicio público domiciliario de aseo, así como los gastos operativos en químicos para potabilización del acueducto, se encuentren desfinanciados a pesar de la existencia de una tarifa que contempla los costos medios de administración y operación. Es decir los suscriptores del servicio público pagan a través de la tarifa los gastos de administración de aseo y los gastos operativos generados en la compra de insumos para potabilización.

- 2. Los recursos originados en el pago de aportes de los suscriptores de servicios públicos clasificados en residenciales estratos cinco y seis, así como los clasificados como industriales o comerciales, de acuerdo con el artículo 89 de la Ley 142 de 1994, se deben destinar obligatoriamente al pago de los subsidios otorgados por el municipio a los suscriptores de los servicios públicos domiciliarios ubicados en predios clasificados en estratos uno, dos y tres.*

De acuerdo con el artículo 89.2 de la Ley 142 de 1994, el superávit que se genere deberá ser manejado en el Fondo de Solidaridad y Redistribución del Ingreso de cada uno de los servicios

públicos domiciliarios y destinado al pago de subsidios atendiendo las particulares reglas allí establecidas.

De tal forma que con los recursos de los subsidios de servicios públicos domiciliarios, la entidad territorial no podrá realizar ningún gasto diferente a la financiación de subsidios y al traslado para otros FSRI del mismo servicio público atendiendo los criterios que establezca la correspondiente comisión de regulación.

“Sin embargo, llama la atención que el funcionamiento originado en la prestación del servicio público domiciliario de aseo, así como los gastos operativos en químicos para potabilización del acueducto, se encuentren desfinanciados a pesar de la existencia de una tarifa que contempla los costos medios de administración y operación.” (Negrilla y subrayado fuera de texto)

De tal forma que con los recursos de los subsidios de servicios públicos domiciliarios, la entidad territorial no podrá realizar ningún gasto diferente a la financiación de subsidios y al traslado para otros FSRI del mismo servicio público atendiendo los criterios que establezca la correspondiente comisión de regulación.”⁴²(Negrilla y subrayado fuera de texto)

DOCTRINA

En el escrito “Reflexiones en torno al Régimen de Subsidios y Contribuciones, en los sectores de acueducto, alcantarillado y aseo.”⁴³ Escrito por el doctor Omar Alfonso Ochoa Maldonado, igualmente concluye que la prestación de los servicios públicos correspondientes a APSB, no son prestados con total eficiencia y que los gastos de AOM en el suministro APSB, no pueden ser cubiertos por los subsidios, por mandato legal, en consecuencia se evidencia una vez más que los recursos son limitados para esta parte del esquema, y consecuentemente más notorio en los municipio categoría 6°

“Cabe resaltar en este acápite que el artículo 2 de la Ley 632 de 2000, modifica el citado artículo 89 de la Ley 142 de 1994, en el sentido de establecer que el monto máximo de las contribuciones para los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo será: “lo necesario para asegurar que el monto de las contribuciones sea suficiente para cubrir los subsidios que se apliquen”

La anterior disposición es la respuesta legislativa a una tozuda realidad, el límite del veinte por ciento (20%) no es suficiente para alcanzar puntos de equilibrio entre contribuciones especiales y subsidios, razón que justifica establecer límites superiores de acuerdo a las necesidades específicas de cada ente territorial, para garantizar la sostenibilidad financiera del esquema. Lo anterior, por cuanto el sustrato económico es en últimas el elemento determinante que permite el nivel de efectividad de los derechos, frente a lo cual algún sector de la doctrina se ha inclinado en materia constitucional a referenciar la categoría de países en vías de desarrollo de

⁴² Concepto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público radicado No. 022059 de fecha 11 de julio de 2011, la Subdirección de Fortalecimiento Institucional Territorial, Dirección General de Apoyo Fiscal, en respuesta a petición del señor CARLOS JAIR OVIEDO ZAMBRANO, Secretario de Hacienda Municipal, del municipio de Mitú – Vaupés.

⁴³ Ochoa Maldonado Omar Alfonso, “Reflexiones en torno al Régimen de Subsidios y Contribuciones, en los sectores de acueducto, alcantarillado y aseo”. Estudios en Derecho y Gobierno, enero – junio de 2010, vol. 3, No. 1. <http://www.bdigital.unal.edu.co/36767/1/37768-168737-2-PB.pdf>

“constitucionalismo del tercer mundo” (Díaz Arenas: 1994), refiriéndose a aquellos que reconocen prolíficamente una serie de prerrogativas con rango incluso constitucional, pero que no cuentan con un nivel de suficiencia económica que permita que esos derechos sean reales y efectivos, convirtiéndose en postulados retóricos desprovistos de toda eficacia práctica. Es pertinente precisar que los subsidios no pueden exceder el valor de los consumos básicos o de subsistencia, razón por la cual, cuando estos se conceden, no cubren los valores asociados a costos de administración, operación y mantenimiento (Artículo 99 de la Ley 142 de 1994).”

Según el estudio y análisis adelantado en esta investigación concluimos que la sentencia del Consejo de Estado, emitida por el consejero ponente: Enrique Gil Botero, cuyo radicado es el No. 25000-23-24-000-2004-00917-01(AP)⁴⁴, se acoge a nuestro criterio puesto que: *“la prestación eficiente y efectiva de los servicios públicos domiciliarios a favor de las personas de menores ingresos, en realidad constituye un deber a cargo de la Nación, los departamentos, los distritos, los municipios y las entidades descentralizadas, dentro del límite de sus posibilidades presupuestales y respectivas capacidades financieras. Sólo en la medida en que ese deber sea efectivamente atendido y satisfecho, el Estado podrá atender el deber de asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos a todos los habitantes del territorio nacional; sólo de esa manera podrá asegurarse el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población; no de otra forma podrá cumplirse el objetivo fundamental del Estado consistente en solucionar las necesidades insatisfechas de saneamiento ambiental y de agua potable; el cumplimiento de ese deber constituye una vía cierta para que la Nación y las entidades territoriales cumplan con el mandato de darle prioridad al gasto público social; difícilmente puede encontrarse una forma diferente al cumplimiento de ese deber, para concretar en una realidad tangible el carácter social de nuestro Estado de derecho; mediante el cumplimiento de ese deber se contribuye de manera efectiva al propósito básico de asegurar la vida de los integrantes de menores ingresos del Pueblo colombiano, en condiciones dignas, dentro de un marco jurídico democrático que se traduzca realmente en un orden económico y social justo.”*

Es así como la prestación eficiente de los servicios públicos domiciliarios en Colombia hacen parte del fin del Estado, es así que el artículo 2 de la Constitución Nacional⁴⁵, consagra, “son fines esenciales del Estado, servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución.”⁴⁶

El artículo 365 de la Constitución Nacional establece que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado, por lo tanto es deber del Estado asegurar la prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.⁴⁷

⁴⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Consejero ponente: Enrique Gil Botero, veinticuatro (24) de enero de dos mil once (2011), radicado 25000-23-24-000-2004-00917-01(AP), Colombia.

⁴⁵ Constitución Nacional de Colombia, “artículo 2. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.”

⁴⁶ Constitución Nacional de Colombia, artículo 2.

⁴⁷ Constitución Nacional de Colombia, artículos 365.

Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita.”⁴⁸

Igualmente, la prestación de los servicios públicos domiciliarios surgen de la función social que es inherente al estado, en virtud de dicha función la Constitución Nacional mediante los art 366 al 370⁴⁹ establecen los parámetros y características del régimen de los subsidios y contribuciones en materia de la SPD, con el fin de materializar los principios de solidaridad y redistribución de ingresos, así mismo se autoriza a los entes territoriales para que con cargo a su presupuesto, establezcan subsidios para las clases menos favorecidas es decir para los estratos 1, 2 y 3.

En el mismo sentido y en desarrollo de los mandatos constitucionales antes indicados la ley 142 de 1994 en su artículo 94 consagra el marco legal en donde desarrolla el régimen de subsidios y contribuciones y establece la obligatoriedad del equilibrio entre los dos, específicamente el numeral 6 del artículo 99 de la ley 142 de 1994, consagra que los costos de administración, operación y mantenimiento correspondiente a la prestación de los servicios de APSB deben ser cubiertos por el usuario, mediante la tarifa.

Según el artículo 99.6 de la ley 142 de 1994⁵⁰, consagra que los costos de administración, operación y mantenimiento deben ser cubiertos por el usuario, mediante la tarifa.

Respecto al destino de los dineros del Sistema General de Participaciones, el artículo 11 de la Ley 1176 de 2007⁵¹, indica en qué actividades es permitido utilizar esos recursos, y es claro **que no se pueden utilizar para la administración, operación y mantenimiento del suministro de agua potable y saneamiento básico**, por lo tanto se requiere obtener una fuente de recursos adicional para equilibrar las finanzas destinadas a la prestación del servicio público de acueducto, alcantarillado y aseo en los municipios categoría 6°.

La Ley 142 de 1994 en el artículo 94⁵² consagra que el régimen de subsidios y contribuciones debe guardar un equilibrio que garantice la prestación

⁴⁸ Constitución Nacional de Colombia, artículos 78.

⁴⁹ Constitución Nacional, artículos 366 al 370.

⁵⁰ Ley 142 de 1994.

⁵¹ Ley 1176 de 2007.

⁵² Ley 142 de 1994.

eficiente de los servicios públicos domiciliarios de agua potable y saneamiento básico.

En consecuencia y a manera de conclusión, la prestación del servicio público de APSB en los municipios de categoría 6° es obligación del Estado, en cabeza de la administración municipal, y dicha prestación debe acogerse a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad establecidos en el artículo 49 de la Constitución Nacional, y cumplir con los criterios de eficiencia económica, neutralidad, solidaridad y redistribución, suficiencia financiera y transparencia; establecidos en la leyes 142 de 1994 y 715 de 2001, el decreto 565 del Ministerio de Desarrollo Económico y las resoluciones de la Comisión Reguladora de Agua Potable y Saneamiento Básico.

Refiriéndonos a nuestro tema de investigación, es decir que en los municipios de categoría 6°, según el numeral 6 del artículo 99 de la ley 142 de 1994, consagra que los costos de administración, operación y mantenimiento deben ser cubiertos por el usuario, mediante la tarifa, y que según la evidencia jurisprudencial, doctrinaria, y los informes de los Ministerios de Vivienda, Ciudad y Territorio y Hacienda y Crédito Público, conceptos del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y de la SSPD indican que la tarifa de la prestación del servicio de APSB no alcanza para asumir los costos de AOM de estos sistemas, lo cual redundaría en una deficiente prestación del servicio, tanto en su calidad, continuidad y cobertura, por lo tanto nuestra investigación demuestra que el Estado no está cumpliendo con su obligación constitucional y legal.

Por lo tanto, la prestación del servicio puede vulnerar los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad establecidos en el artículo 49 de la Constitución Nacional, y cumplir con los criterios de eficiencia económica, neutralidad, solidaridad y redistribución, suficiencia financiera y transparencia; establecidos en la leyes 142 de 1994 y 715 de 2001, el decreto 565 del Ministerio de Desarrollo Económico y las resoluciones de la Comisión Reguladora de Agua Potable y Saneamiento Básico.

En consecuencia y en desarrollo del objetivo específico de esta investigación, se hace necesario modificar el artículo 11 de la Ley 1176 de 2007, adicionando un literal (J), que permita que los recursos del SGP, se puedan utilizar para la AOM de los sistemas de prestación del servicio de AAA en los municipios de categoría 6°.

CONCLUSIONES

La prestación del servicio público de APSB en los municipios de categoría 6° es obligación del Estado, en cabeza de la administración municipal, y dicha prestación debe acogerse a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad

establecidos en el artículo 49 de la Constitución Nacional, y cumplir con los criterios de eficiencia económica, neutralidad, solidaridad y redistribución, suficiencia financiera y transparencia; establecidos en la leyes 142 de 1994 y 715 de 2001, el decreto 565 del Ministerio de Desarrollo Económico y las resoluciones de la Comisión Reguladora de Agua Potable y Saneamiento Básico.

En los municipios de categoría 6°, según el numeral 6 del artículo 99 de la ley 142 de 1994, consagra que los costos de administración, operación y mantenimiento deben ser cubiertos por el usuario, mediante la tarifa, y que según la evidencia jurisprudencial, doctrinaria, y los informes de los Ministerios de Vivienda, Ciudad y Territorio y Hacienda y Crédito Público, conceptos del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y de la SSPD indican que la tarifa de la prestación del servicio de APSB no alcanza para asumir los costos de AOM de estos sistemas, lo cual redundaría en una deficiente prestación del servicio, tanto en su calidad, continuidad y cobertura, por lo tanto nuestra investigación demuestra que el Estado no está cumpliendo con los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad establecidos en el artículo 49 de la Constitución Nacional, y cumplir con los criterios de eficiencia económica, neutralidad, solidaridad y redistribución, suficiencia financiera y transparencia; establecidos en la leyes 142 de 1994 y 715 de 2001, el decreto 565 del Ministerio de Desarrollo Económico y las resoluciones de la Comisión Reguladora de Agua Potable y Saneamiento Básico.

En consecuencia, la posible solución al problema es modificar el artículo 11 de la Ley 1176 de 2007, adicionando un literal (J), que permita que los recursos del SGP, se puedan utilizar para la AOM de los sistemas de prestación del servicio de AAA en los municipios de categoría 6°.

Como segunda conclusión, en los municipios categoría 6°, los estratos 5,6, industrial y comercial (contributivos o aporte solidario) son escasos o casi nulos, lo cual conlleva a que en estos municipios no se pueda llegar a un equilibrio entre subsidios y contribuciones, que en últimas es con lo único que se mantienen los esquemas de la prestación del servicio de APSB y obtener el equilibrio de que habla el decreto 1013 de 2005. Por esta razón los entes territoriales de estas categorías utilizan otras fuentes con ingresos fijos, tales como los recursos del sistema general de participaciones desatendiendo el art 11 de la ley 1176 de 2007, que establece actividades elegibles, por lo que se estarían violando normas penales y disciplinarias.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Constitución Política de Colombia.
- Ley 142 de 1994.

- Ley 632 de 2000.
- Ley 715 de 2001.
- Decreto 842 de 2002.
- Decreto 1013 de 2005.
- Ley 1176 de 2007.
- Ley 1450 de 2011.
- Decreto 1484 de 2014.
- Diario oficial No. 49.367 de 16 de diciembre de 2014, publicado en la página web www.imprenta.gov.co.
- Resolución 578 de 2014 de la Contaduría General de la Nación.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Consejero ponente: Enrique Gil Botero, veinticuatro (24) de enero de dos mil once (2011), radicado 25000-23-24-000-2004-00917-01(AP), Colombia.
- Informe de monitoreo de recursos del sistema general de participaciones para agua potable y saneamiento básico (SGP - APSB), pagina 123. <http://www.minvivienda.gov.co/Lists/InformesSGP/Attachments/6/Informe%20Monitoreo%20SGP-APSB%20vigencia%202013.pdf>
- Concepto del Ministerio de Hacienda y Crédito Público radicado No. 022059 de fecha 11 de julio de 2011, la Subdirección de Fortalecimiento Institucional Territorial, Dirección General de Apoyo Fiscal, en respuesta a petición del señor Carlos Jair Oviedo Zambrano, Secretario de Hacienda Municipal, del municipio de Mitú – Vaupés.
- Omar Alfonso Ochoa Maldonado, Reflexiones en Torno al Régimen de Subsidios y Contribuciones, en los sectores de acueducto, alcantarillado y aseo., Estudios en Derecho y Gobierno, enero – junio de 2010, vol. 3, No. 1. <http://www.bdigital.unal.edu.co/36767/1/37768-168737-2-PB.pdf>, 25 de julio de 2015, hora 10:00 am.
- Velilla Moreno Marco Antonio, compendio Los servicios públicos como instrumento de solidaridad y cohesión social del Estado, Guillermo Sánchez

López, ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez C. Ltda., enero 26 de 2005,
página No. 170.

ABREVIATURAS

(SGP) Sistema General de Participaciones.

(APSB) Agua Potable y Saneamiento Básico.

(AAA) Acueducto, Alcantarillado y Aseo.

(AOM) Administración, Operación y Mantenimiento.

(SPD) Servicios Públicos Domiciliarios.

(SSPD) Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.