REGULACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE ACUEDUCTO EN COLOMBIA: UNA MIRADA REFLEXIVA DESDE EL PUNTO DE VISTA NORMATIVO E INSTITUCIONAL

GERSSON JAIR CASTILLO DAZA

Trabajo presentado para optar al título de

MAGÍSTER EN DERECHO ADMINISTRATIVO

Director

HUGO ALEJANDRO SÁNCHEZ HERNÁNDEZ

UNIVERSIDAD COLEGIO MAYOR DE NUESTRA SEÑORA DEL ROSARIO

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

BOGOTÁ

2.017

A La Memoria de mi Papá

Henry Castillo Parody

AGRADECIMIENTOS

A mí mamá Rosana Daza Obredor, a mi novia Dasay Medina Caicedo y a mi director de tesis Dr. Hugo Alejandro Sánchez Hernández, por su apoyo y comprensión.

CONTENIDO

Pág.

INTRODUCCIÓN
1. CAPITULO I 1
EVOLUCIÓN DE LA FUNCIÓN REGULADORA DEL ESTADO 1
1.1 EL ESTADO GENDARME 5
1.2 EL ESTADO INTERVENCIONISTA 7
1.3 EL ESTADO REGULADOR 10
1.4 LA DESREGULACIÓN 12
1.5 INCORPORACIÓN DE DERECHO BLANDO AL DERECHO INTERNO 15
1.6 EL SURGIMIENTO DE LA REGULACIÓN COMO HERRAMIENTA ESTATAL 16
1.7 LA REGULACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS: UN ASUNTO DEL ESTADO ... 19
1.8 CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO 22
2. CAPITULO II. 24
REGULACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO EN EL CONTEXTO GLOBAL 24
2.1 LAS AGENCIAS REGULADORAS 33
2.2 LA AGENCIA REGULADORA EN FRANCIA 35
2.3 LA AGENCIA REGULADORA EN ESPAÑA 37
2.4 LA AGENCIA REGULADORA EN INGLATERRA 39
2.5 LA AGENCIA REGULADORA EN ESTADOS UNIDOS 41
2.6 LA AGENCIA REGULADORA EN CHILE 44
2.7 DIVERGENCIAS Y CONVERGENCIAS DE LAS AGENCIAS REGULADORAS EN EL CONTEXTO INTERNACIONAL: UN ANÁLISIS COMPARADO. 48
2.8 CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO 51
3. CAPÍTULO III. 53
BASES CONSTITUCIONALES DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS 53
3.1 LEGISLACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS. 77
3.2 EL SERVICIO DE ACUEDUCTO EN LA LEY 142 DE 1.994 94

3.2.1 Descripción del impacto de la Política de Subsidios en el Sistema General de Participaciones a la luz del RSPD. 104
3.3 DESARROLLO JURISPRUDENCIAL DE LA DOTACIÓN DEL SISTEMA EN EL SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO DE ACUEDUCTO EN COLOMBIA, A PARTIR DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1.991. 113
3.4 SOFT LAW EN MATERIA DE REGULACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE ACUEDUCTO. 124
3.5 CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO 127
4. CAPÍTULO IV. 130
ACTORES QUE INTERVIENEN EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE ACUEDUCTO EN COLOMBIA 130
4.1 COMISIÓN DE REGULACIÓN DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BÁSICO: CRA 147
4.1.1 Antecedentes y creación de la CRA en Colombia 151
4.1.2 ¿Agencia autónoma e independiente? 157
4.1.3 ¿La desnaturalización de la comisión reguladora de acueducto en Colombia, ¿mito o realidad? 161
4.2 ACTORES QUE INTERVIENEN EN EL CONTROL, INSPECCIÓN Y VIGILANCIA DEL SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO DE ACUEDUCTO. 165
4.2.1 Mecanismos de control, inspección y vigilancia del sspd de acueducto. 174
4.2.2 Alcance y procedimiento de la gama acciones de control, inspección y vigilancia utilizadas por la sspd para acueducto, aseo y alcantarillado. 178
CONCLUSIONES 185
BIBLIOGRAFÍA 192
ANEXO 219

LISTA DE TABLAS

Pág.

Tabla 1. Problema Jurídico: ¿Las empresas prestadoras del Servicio Público de Agua Potable gozan de plena autorización legal para suspender la prestación del servicio por falta de pago? 118

Tabla 2. Diferencias entre la Comisión Reguladora de Agua Potable y Saneamiento Básico creada a través de Decreto 2152 en 1.992 y la actual CRA creada en a través de Ley 142 en 1.994 153

Tabla 3. Vigilancia Objetiva y Subjetiva ejercida a las formas societarias habilitadas para prestar el SPD de acueducto en Colombia 171

Tabla 4. Preguntas Entrevista Dr. Fernando Soto P. 220

Tabla 5. Preguntas Entrevista Dr. Luis Ignacio Betancur 231

Tabla 6. Preguntas Entrevista Dr. Jaime Humberto Mesa Buitrago 239

Tabla 7. Preguntas Entrevista Dr. Jaime Buenahora. 254

Tabla 8. Preguntas Entrevista Dr. Julián López Murcia. 268

LISTA DE DIAGRAMAS

Pág.

Diagrama 1. Esquema institucional del servicio de agua y saneamiento básico en Colombia 145
Diagrama 2. Composición de la comisión de agua potable y saneamiento básico (CRA) 150

LISTADO DE ABREVIATURAS

- AAI: Autoridades Administrativas Independiente.
- AIN: Análisis de Impacto Normativo.
- ASE: Áreas de Servicio Exclusivo.
- BE: Banco de España.
- CAB: Civil Aeronautics Board.
- CEPAL: Comisión Económica Para América Latina y el Caribe.
- CMT: Comisión del Mercado de Telecomunicaciones.
- CNIL: Comisión Nacional de Informática y las Libertades.
- CNMV: la Comisión Nacional del Mercado de Valores.
- CONPES: Consejo Nacional de Política Económica y Social.
- CP: Constitución Política.
- CRA: Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico.
- CSEN: Comisión Nacional de Energía.
- CSN: Consejo de Seguridad Nuclear.
- DANE: Departamento Administrativo Nacional de Estadística.
- DESC: Derechos Económicos Sociales y Culturales.
- DHA: Derecho Humano al Agua.
- FAER: Fondo de Apoyo Financiero para la Energización de las Zonas Rurales Interconectadas.
- FAZNI: Fondo de Apoyo Financiero para la Energización de las Zonas No Interconectadas.
- FCC: Federal Communications Commissions.
- FENOGE: Fondo de Energías no Convencionales y Gestión Eficiente de la Energía.
- FMI: Fondo Monetario Internacional.
- FOES: Fondo de Energía Social.
- FONTIC: Fondo de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.
- FPC: Federal Power Commissions.
- FSRI: Fondos de Solidaridad y Redistribución de los Ingresos.

- G-7: Alianza conformada por Alemania, Canadá, Estados Unidos, Francia, Italia; Japón y Reino Unido.
- G-8: Grupo de países con las economías más industrializadas del planeta. Está conformado por Rusia (temporalmente excluida por la crisis de Crimea), Canadá, Estados Unidos, Francia. Italia, Alemania, Reino Unido y Japón.
- HACA: Alta Autoridad de la comunicación audiovisual.
- ICC: Interstate Commerce Comission
- MVCT: Ministerio de Vivienda Ciudad y Territorial.
- NLRB: National Labor Relations Board.
- OCDE: Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico.
- OMC: Organización Mundial del Comercio.
- OMS: Organización Mundial para la Salud.
- PIDESC: Pacto de Derechos Sociales, Económicos y Culturales.
- PNUD: Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo.
- PRONE: Programa de Normalización de Redes Eléctricas.
- QUANGOS: Administración paralela de una variedad extraordinaria que realizaran múltiples tareas administrativas y responden a la tradición secular británica de asociar a los ciudadanos a la ejecución de las políticas públicas.
- RSPD: Régimen de Servicios Públicos Domiciliarios – Ley 142 de 1.994.
- RTVE: Dirección General de Radiodifusión y Televisión.
- S.A: Sociedad Anónima.
- SEC: Securities and Exchance Commissions.
- SIVICAP: Sistema de Vigilancia de la calidad del agua.
- SMLMV: Salario Mínimo Legal Mensual Vigente.
- SP: Servicios Públicos.
- SPD: Servicios Públicos Domiciliarios.
- SPG: Sistema General de Participaciones.
- SSPD: Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.
- USMC: United State Maritime Commissions.
- VASB: Viceministerio de Agua y Saneamiento Básico.

INTRODUCCIÓN

"Se llama potestad reglamentaria al poder en virtud del cual la administración dicta reglamentos; es quizás, su potestad más intensa y grave, puesto que implica participar en la formación de ordenamiento"

E. García de Enterría.

Con basamento en los postulados clásicos, el Estado fue concebido como una forma de dominación política cuya función principal consistía en garantizar el orden y la paz social. Esta función se ejercía mediante la acción reguladora. Es por ello, que la propia noción de "regulación"[1], ahora desde la óptica del Derecho Administrativo, se identifica con la actividad de intervención administrativa que mediante instrumentos autoritarios conduce sus energías a garantizar el orden público y la seguridad de los ciudadanos[2].

En este orden, la Constitución Política de 1.991 estable en uno de sus postulados, en tratándose de los Servicios Públicos, que estos 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[3]. Quedando claro que, cuando de SP se conoce, existe una relación intrínseca entre la prestación esencial a través de la cual se cubre necesidades públicas o de interés comunitario y las funciones o fines del Estado[4].

---

[1] A Juicio de Darnaculleta, la "regulación" en su acepción originaria y nuclear, se identifica con la actividad de intervención administrativa encaminada a garantizar el orden público o la seguridad de los ciudadanos, mediante instrumentos autoritarios o técnicas de policía – reglamentos, inspecciones, autorizaciones y sanciones administrativas.

[2] DARNACULLETA I GARDELLA. *Mercé. Autorregulación y Derecho Público*: *La Autorregulación Regulada.* Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales. Madrid. 2.005.

[3] Artículo 365 de la Constitución Política de 1.991.

[4] DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo*. Tercera Parte. Ciudad Argentina. Pág. 823.

Así las cosas, la actuación estatal en la posición jurídica de los administrados puede ser positiva o negativa, en el primer caso, por ejemplo, mediante la creación de derechos o facultades que hasta entonces el administrado no poseía, configurándose una actuación de fomento o contrario sensu, limitando o extinguiendo derechos individuales por causa de interés general[5]. En materia de SPD, es evidente este tipo de actuaciones estatales cuando, por ejemplo, mediante la función de regulación se corrigen fallos del mercado tales como monopolios naturales, la creación de monopolios o abusos de posiciones dominantes de un prestador público o privado en aras de garantizar la primacía del dicho interés general.

En consecuencia, y en adelante, con el propósito de avanzar en el desarrollo de la presente tesis, se entenderá la regulación a partir de la noción aportada por los tratadistas GÉRARD MARCOU y FRANCK MODERNE en tanto, es explicada como una función del poder público estrechamente ligada a las Autoridades Administrativas Independientes que pretende asegurar la satisfacción de necesidades colectivas mediante actividades económicas en un régimen competitivo[6].

De modo que, es claro que la provisión de SPD se da en condiciones de mercados imperfectos y de alta competencia económica. Ergo, el Estado deberá crear un sistema jurídico e institucional adecuado, procurando por esta vía, imponer las limitaciones y deberes a los actores involucrados en el sector, en aras de motivar la eficiencia y protegiéndolos de posibles trasgresores[7]. Empero, el reto al que se enfrenta el Estado, consiste en alcanzar un Óptimo de Pareto, reconstruyendo y promoviendo el mercado, pero sin afectarlo, sin sustituirlo y pretender gestionarlo desde la clandestinidad.

No obstante, la creación de un marco jurídico e institucional que permita cumplir con los fines de la regulación en materia de SPD, no garantiza en todos los casos su eficiencia

---

[5] CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo.* Tomo II. Abeledo Perrot. Novena Edición. Buenos Aíres. Pág. 442.

[6] MARCOU, Gerard y MODERNE, Frank. *Derecho de la regulación, los servicios públicos y la integración regional, comparaciones y comentarios*. Tomo II. Editorial Universidad del Rosario. Bogotá, 2.009. pág. 38.

[7] ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principios de Derecho Público Económico. Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica*. Universidad Externado de Colombia. 2.003. Pág. 591.

absoluta y por el contrario la inserta en una relatividad que permite tensar las reflexiones y proponer medidas que subsanen las debilidades que acompañan el modelo.

Bajo estos presupuestos, aparentemente subsiste un apego en países como Colombia, donde se incorporan modelos extrapolados de otras latitudes, sin prever la diferencia en los contextos. De modo que, en el caso particular del acueducto, encontramos en esta tesis diversos cuestionamientos relacionados con el marco regulatorio y el sistema institucional que permite su aplicabilidad.

Reflexiones y tensiones como estas, representan la motivación para abordar un proceso de investigación en el marco de la regulación del servicio público domiciliario de acueducto en Colombia, de cara a revisar desde el punto de vista normativo e institucional su evolución a partir de la CP de 1.991. Provocando, además, la identificación de aparentes debilidades que contiene el modelo, lo cual inspira propuestas conducentes a mejorar el marco regulatorio e institucional que rige en la actualidad.

En este sentido, que mejor escenario para alcanzar dicho anhelo, que el desarrollo de una línea de investigación académica que permitiera pensar en el robustecimiento del marco regulatorio y la reconfiguración del órgano regulador, en aras de aportarle el grado de independencia y autonomía que se requiere.

De esta manera, se llevó a cabo una primera etapa de delimitación del objeto de investigación[8]. El presente estudio se constituyó prima facie a partir de los conceptos de Estado y la evolución experimentada en virtud de la función reguladora de los Servicios Públicos, cuyo objetivo fundamental se soporta en la búsqueda de legitimidad mediante la interpretación de sistemas de valores y creencias que derivan en la producción normativa regulatoria y actuaciones de corte intervencionista en mayor o menor grado con sujeción al momento histórico que se analice. Empero, dada la magnitud del tema estudiado, se hizo imperativo auscultar la función de regulación y el conjunto de agencias existentes en

[8] PONCE DE LEÓN ARMENTA, Luis. Metodología del Derecho. Editorial Porrúa S.A. México DF. 1.996. Pág. 30.

diversos países con el ánimo de establecer convergencias y divergencias que inspiraron las propuestas modificatorias contenidas en el documento.

Posteriormente se formuló el planteamiento del problema de investigación al siguiente tenor: ¿Cuál ha sido el desarrollo normativo e institucional frente al alcance regulatorio de la prestación del Servicio Público Domiciliario de acueducto en Colombia, a partir de la C.P. de 1.991? del cual resultó la siguiente hipótesis: El sistema regulatorio del servicio público domiciliario de acueducto en Colombia, presenta debilidades en su dimensión institucional; comprobada en tres momentos académicos diferentes: a) La conceptualización y caracterización de las normas jurídicas y las instituciones que regulan el servicio público domiciliario de acueducto, examen que encausará la conclusión sobre la carencia o no, de eficacia en las normas regulatorias; b) La identificación del sustrato fáctico destinatario de las normas jurídicas que se examinan; todo ello, para verificar que el marco jurídico del servicio público domiciliario de acueducto, no cuenta con los elementos necesarios para ejercer la función reguladora a la luz de los preceptos que suponen la independencia de una agencia de esta naturaleza; c) El análisis y examen del marco institucional del sistema regulatorio del servicio público domiciliario de acueducto en Colombia, el cual está dirigido a comprobar sus posibles debilidades y desarrollo a partir de un análisis paralelo con la realidad identificada en otros contextos.

Formulado el problema y planteada la hipótesis, se avanzó en la investigación soportados en la técnica de recolección documental[9]. De manera que, fue necesario iniciar un proceso de acopio de información y datos en fuentes, tales como libros, ensayos, artículos de revistas indexadas, normas nacionales, sentencias, instrumentos de derecho internacional, resoluciones, conceptos jurídicos, comunicaciones de autoridades internacionales, ponencias contenidas en las actas de la Asamblea Nacional Constituyente, entre otros.

[9] Para PONCE DE LEÓN ARMENTA "La investigación documental se caracteriza por el empleo predominante de todo tipo de documentos como fuentes de información (…)" PONCE DE LEÓN, Op. Cit.

Así mismo, se adelantó una propuesta de línea jurisprudencial siguiendo la metodología propuesta por LÓPEZ MEDINA[10]. Toda vez que, el objeto de estudio de la presente investigación, se encuentra en gran medida posado en sentencias de la Corte Constitucional, lo que indicó la pertinencia y necesidad de llevar a cabo una investigación de orden jurisprudencial.

Con posterioridad, durante el desarrollo de la investigación y las revisiones de las fuentes, surgieron múltiples cuestionamientos que aportaban sostén al desarrollo del planteamiento del problema, de tal suerte que se procedió a elaborar el instrumento No.1 (entrevista en profundidad a expertos) compilando los anunciados interrogantes con el ánimo de ser resueltos.

Así las cosas, vale la pena mencionar alguno de ellos tales como: ¿Cuál era el contexto socioeconómico en que se encontraba el país en materia de prestación y cobertura de los servicios públicos domiciliarios, antes de la Constituyente de 1.991? ¿Cuál fue el mayor logro del Constituyente de 1.991 en materia de servicios públicos domiciliarios? ¿Cuáles eran las condiciones económicas, políticas y sociales en las que se encontraba el país en 1.991, que llevaron a cambiar el modelo de un Estado prestador a un Estado regulador en materia de servicios públicos domiciliarios? En materia de servicios públicos domiciliarios, ¿cómo se articula y correlaciona el "principio de solidaridad" con la prestación, teniendo en cuenta que este principio es un fundamento propio del ordenamiento jurídico colombiano? Desde el sentido de los derechos que tienen los ciudadanos a unos servicios públicos de calidad, ¿El régimen jurídico aplicable a los actos y hechos de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios en Colombia, garantiza la disponibilidad y continuidad de la prestación de los mismos? ¿De qué manera el Gobierno Nacional interviene en la estructuración de la metodología tarifaria para el servicio público domiciliario de acueducto? ¿Cuáles son los actores del sector, y qué función desempeñan en la vigilancia y control del servicio público domiciliario de acueducto? ¿El modelo regulatorio actual en Colombia debe ser revaluado o modificado para crear un solo organismo donde se concentren las funciones de control, vigilancia y regulación del

[10] LÓPEZ MEDINA, Diego. *El derecho de los jueces*. Editorial Legis Editores S.A. Octava Reimpresión. 2.009.

servicio público domiciliario de acueducto, teniendo como referencia el modelo británico? Teniendo en cuenta que la prestación del servicio de Agua en Chile está a cargo de los particulares bajo la regulación, vigilancia y control del Estado, ¿en qué consiste la regulación que hace el Estado Chileno a la prestación del servicio público de agua a los usuarios? ¿A través de qué entidad (s) u órgano (s) vigila, controla y regula su prestación?

En línea con lo anterior, una vez iniciada la etapa de recolección de datos en aras de alcanzar la comprobación de la hipótesis y la respuesta a los interrogantes derivados sobre el objeto de estudio, se aplicaron cinco entrevistas a expertos en el sector de servicios públicos domiciliarios y regulación, para conocer su juicio y opinión[11]. Herramienta que permitió validar mediante el reconocimiento del conocimiento las reflexiones y aportaciones que resultaron del análisis de cada uno de las ideas que constituyen la presente investigación. Todo esto se justifica, teniendo en cuenta que las entrevistas son consideradas como una herramienta de alta importancia cuando de recolección de información se trata en el marco de una temática investigativa.

Así pues, una vez recolectada, clasificada y sistematizada la información, se procedió al planteamiento y logro del objetivo general del trabajo que versa: estudiar el desarrollo normativo e institucional que ha presentado la regulación del servicio público domiciliario de acueducto en Colombia a partir de la constitución de 1.991. Adicionalmente aparecen como objetivos específicos los siguientes:

1. Identificar la evolución de la función reguladora del Estado y la regulación del servicio público en el contexto global.

[11] Fueron entrevistados: Dr. Luis Ignacio Betancur, abogado experto en servicios públicos domiciliarios con alto reconocimiento en el sector. Dr. Jaime Humberto Mesa Buitrago, abogado experto comisionado de la CRA. Dr. Julián López Murcia, abogado, superintendente delegado para acueducto, alcantarillado y aseo. Dr. Jaime Buenahora, abogado, Representante a la Cámara durante 1.991 quién participó en los debates sobre servicios públicos domiciliaros suscitados en el seno de la Constituyente. Dr. Fernando Soto, encargado de América Latina y el Caribe de la dirección de asuntos internacionales de la Cámara de Diputados de Chile.

2. Analizar el marco normativo que disciplina el servicio público domiciliario de acueducto y las decisiones judiciales proferidas por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado respecto de los servicios públicos domiciliarios.
3. Reflexionar acerca del desarrollo institucional que ha tenido el sistema regulatorio del servicio público de acueducto en Colombia, a partir de sus actores y mecanismos de control.

Vale la pena advertir a estas alturas que, durante la construcción del documento final, se tomó como referente en todas las etapas los artículos de revisión bibliográfica y de reflexión crítica presentados durante el segundo y tercer semestre de la maestría.

En consecuencia, el trabajo investigativo que se presenta a continuación, constituye un estudio teórico – reflexivo dirigido a brindar un profundo entendimiento al lector sobre los conceptos de regulación del servicio público de acueducto en Colombia, abordado desde el punto de vista normativo e institucional, destacando el papel fundamental que juegan las agencias de regulación y de manera particular, la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, como órgano regulador autónomo e independiente, características agudamente cuestionadas en esta investigación.

Bajo estos presupuestos, se abordará en primera instancia, un estudio teórico sobre el concepto de Estado y sus diferentes fines a la luz de la función de regulación, en aras de exponer como en medio de amplias divergencias producto del modelo de Estado vigente en cada fase, se identifica un punto común focalizado en la búsqueda de legitimidad a partir de la interpretación de los sistemas de creencias y valores que a su vez aportan los elementos necesarios para ejercer actuaciones de corte intervencionistas en mayor o menor grado, cuyo fin se consolida al garantizar, seguridad, estabilidad, bienestar, garantía de derechos y cohesión social, regulando por ejemplo, sectores sensibles tales como los SP.

Como segundo paso, se llevará a cabo un acercamiento de la regulación en el contexto global, destacando la noción que poseen sobre esta función administrativa diversos

países europeos y americanos. Para luego, revisar apoyados en un ejercicio de Derecho Comparado, las múltiples expresiones institucionales representadas en agencias de regulación de servicios públicos presentes en Francia, Gran Bretaña, Estados Unidos, España y Chile. Lo cual permitirá identificar las convergencias y divergencias características de los contextos analizados.

Posteriormente, se efectuará un estudio sobre las bases constitucionales, legales, el desarrollo jurisprudencia y de las disposiciones regulatorias expedidas por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, como órgano encargado de ejercer la función de regulación del SPD de acueducto en Colombia, que tendrá como propósito identificar posibles debilidades presentes en el marco regulatorio y el esquema institucional vigente.

A la postre, se analizarán los actores e instituciones que intervienen en la prestación del SPD de acueducto en Colombia, explicando detalladamente cada uno de ellos y su función específica respecto del nivel en el que se encuentran, dedicando especial atención a la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, toda vez hace parte esencial del objeto de estudio de la presente investigación.

Se profundizará de manera particular en el estudio de la CRA con el ánimo de constatar la ausencia de autonomía e independencia que posee este órgano encargado de regular el SPD de acueducto en Colombia, provocado por la alta injerencia de los poderes legislativos y ejecutivos, impidiendo que se alcance una tarea de regulación despojada de los intereses sectoriales del Gobierno y los avatares de la política. Adicionalmente, se probará que la CRA tal como funciona hoy día en Colombia es un mito, que podría definirse como una mala adaptación del modelo de Agencias Autónomas Independientes presente en Estados Unidos Y Gran Bretaña, países pioneros y modelos es la creación de este tipo de organismos.

Finalmente, se estudiarán los actores que cumplen la función de vigilancia y control en el marco de la actividad de prestación del SPD de acueducto a la luz de la C.P. de 1.991 y la ley 142 de 1.994 (RSPD). Estableciendo así, que no solo reposa dicha labor en cabeza de la Superintendencia de Servicios Públicos delegada para Acueducto, Alcantarillado y Aseo. Sino que, aparece otro actor igual de importante gestado a partir de expresiones de participación ciudadana. En este orden, se identificarán las debilidades que pueda tener uno u otro actor, de tal suerte que sea posible proponer alternativas que permitan subsanarlas y así robustecer la función de vigilancia y control del servicio público de acueducto en Colombia.

1. CAPITULO I

EVOLUCIÓN DE LA FUNCIÓN REGULADORA DEL ESTADO

"Regular es asegurar que el mercado contribuya al interés público, e inversamente, que el interés público asuma cierta dosis de competencia, para que no haya esclerosis de las estructuras de rentas y subeficiencia"

Philippe Herzog.

Para lograr auscultar el tema propuesto y a su vez comprender el busilis de este asunto, es imperativo analizar la evolución de los fines del "Estado moderno que surge de la Revolución Francesa"[12]. Como primera medida, vale la pena anotar que en torno al Estado[13] sus contenidos han variado, evolucionando a partir del siglo XIX en distintas fases o fines, en ellas se encuentran modelos tales como el Estado Gendarme, pasando al Estado Intervencionista y por supuesto al Estado Regulador, cuyo último tránsito se caracteriza por mantener como deber esencial la garantía de la prestación de los servicios demandados por la población, pero liberando de la obligación de asumir la prestación, trasladándola a los particulares y reservándose la potestad reguladora, empleada para forzar a los prestadores a brindar el acceso universal a los servicios y evitar las prácticas

[12] ORTIZ ARIÑO, Gaspar. "*Principios de Derecho Público Económico, Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica*", Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2004. Pág. 76.

[13] (…) No hace falta incurrir en contradicciones con esta paradoja al afirmar (desde el punto de vista de la propia especialidad) que, en lugar de que la escasez de significaciones facilite el lenguaje, ocurra más bien que la superabundancia dificulte y haga poco menos que imposible el uso de la palabra Estado. Si la situación de la Teoría científica del Estado dista mucho de ser satisfactoria, débase, sin duda, entre otras razones a la multiplicidad de significaciones que ofrece dicho substantivo, pues lo de menos es contraponer, como se hace frecuentemente, la formación científica de conceptos a una noción insegura, vacilante y vulgar, con ánimo de superarla. Lo que hace tan problemática toda Teoría del Estado es más bien la inaudita discordancia íntima de la propia terminología científica. (Y la razón capitalista de que ni aun dentro del ámbito científico haya podido ser fijada, siquiera aproximadamente, la significación de la palabra Estado, radica en que su objeto roza los intereses políticos del investigador más que ningún otro objeto propio de las ciencias sociales; hasta el punto de que el conocimiento de la esencia de dicho objeto tiene el peligro de convertirse en un juicio de valor (…)" KELSEN, Hans. *Teoría General del Estado*. Editorial Nacional. México DF. 1.965. Pág. 3.

de abuso de posición dominante en defensa de los derechos de los usuarios[14]. Así mismo, encontramos otras modalidades de intervención estatal en las que se destacan la desregulación y la incorporación del *soft law* al Derecho interno de los Estados.

Frente a los distintos Fines del Estado[15] que se aspiran desarrollar en el presente trabajo, vale la pena mencionar que en el marco del modelo Gendarme o Policial, se pretendió disciplinar las actividades desarrolladas en la época, basado en el concepto puramente jurídico, donde persistió una relación de dominación de la sociedad creada por el orden jurídico nacional[16], en virtud de establecer un escenario de equilibrio en la convivencia y en el orden público.

En éste mismo sentido, a finales del siglo XIX y principios del siglo XX, surge el modelo de Estado interventor, cuyo propósito fundamental fue corregir las deficiencias del mercado, en aras de promover la libre competencia y la prestación adecuada de los servicios públicos[17], En esta materia la Corte Constitucional consideró en sentencia C – 150 de

---

[14] RESTREPO MEDINA, Manuel. "Derecho *Administrativo Contemporáneo*: *¿Derecho Administrativo Neo – Policial?"* En: Retos y perspectivas del Derecho Administrativo. Editorial Universidad del Rosario. Bogotá 2.009. Pág. 11.

[15] "(…) Se ha considerado durante largo tiempo que el fin del Estado se encerraba principalmente en mantener su poder, conceder su protección y conservar el orden jurídico. Una concepción tan mísera del Estado que reducía la función de éste a una asociación de defensa y ataque, en lo exterior y a una asociación judicial en el interior (…) El poder, la seguridad y el derecho concebido como fin, tienen necesidad del Estado para extender su actividad sobre las funciones inmediatas con que puedan satisfacer estos fines. Es necesario ante todo pensar en crear los medios económicos para dar cumplimiento a tales fines. La magnitud de tales medios depende la situación económica de los pueblos; por esto, indirectamente, interesa al Estadio vigorizar la producción económica como un fin intermediario (…)" JELLINEK, G. *Teoría General del Estado*. Compañía Editorial Continental S.A. México D.F. 1958. Pág. 209 -210.

[16] "(…) La situación parece más sencilla cuando el Estado es discutido desde un ángulo visual puramente jurídico. Entonces se le toma en consideración como fenómeno jurídico únicamente, como sujeto de derecho, esto es, como persona colectiva. Su naturaleza queda así determinada en principio por nuestra definición de personas colectivas. La diferencia tiene que residir en el orden normativo que constituye a la persona jurídica estatal. El Estado es la comunidad creada por un orden jurídico nacional (en oposición al internacional). El Estado como persona jurídica es la personificación de dicha comunidad o el orden jurídico nacional que la constituye (…)" KELSEN, Hans. *Teoría General del Derecho y el Estado*. Universidad Autónoma de México. 1.995. Pág. 215.

[17] (…) A lo largo del siglo XX el Estado desarrolló un papel hegemónico en tanto que a él le eran confiados sectores claves de la economía: la energía, las telecomunicaciones, el trasporte, la industria, la banca, las aseguradoras, en suma, todo el sector productivo estaba impregnado de la presencia estatal. Esta presencia

2.003, que "*la intervención estatal se justifica cuando el mercado carece de condiciones de competitividad o para proteger al mercado de quienes realizan acciones orientadas a romper el equilibrio que lo rige, fenómenos ambos que obedecen al concepto de fallas del mercado*" [18].

En consecuencia, el Derecho Administrativo moderno plantea la utilización de herramientas concretas en la definición de las actuaciones de las administraciones públicas que busquen la eficiencia, la prevención y la garantía de los derechos de los administrados. Dentro de estos instrumentos o herramientas encontramos la interferencia del Estado en las actividades que se desarrollan al interior de él, cuyo propósito fundamental es prevenir los abusos y excesos del sector privado y público, en tanto en cuanto aparece la regulación[19] como pieza clave en la consolidación de dichos propósitos, extendiéndose a todas las esferas de la vida estatal.

En éste marco, la función de regulación estatal[20] tiene una importancia central y a su vez no debe interpretarse como un ejercicio entorpecedor de la iniciativa empresarial, por el

---

hegemónica era juzgada necesaria para contrarrestar las insuficiencias de los mecanismos propios del mercado. DIAZ PERILLA, Viviana. *Una mirada al Estado pos-moderno de Jacques Chevallier*. En: Derecho Administrativo Contemporáneo. Universidad del Rosario. 2.005. Pág. 423 – 424.

[18] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 150 de 2.003. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda. Bogotá, 2.003.

[19] (…) Es importante señalar que la regulación es una forma de intervención estatal en la economía, y se convierte en una eficaz herramienta constitucional tendiente a evitar que la sola operancia de las leyes del mercado pueda desdibujar los fines sociales de nuestro Estado (…) CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 1162 de 2.000. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo. Bogotá, 2.000.

[20] (…) El primer rasgo común estriba en que la función estatal de regulación es ejercida por una autoridad específicamente creada y concebida para fijar y ajustar de manera continua las reglas de juego a las cuales debe sujetarse una actividad determinada dentro de un sector socio-económico. Segundo, la actividad determinada sujeta a regulación, reviste una especial trascendencia en cuanto compromete el desarrollo del mercado en un ámbito donde, en mayor o menor medida, está envuelto el goce efectivo de los derechos de las personas y donde se juzga necesario adoptar medidas de protección social y de corrección de las fallas del respectivo mercado. Tercero, la autoridad reguladora dispone de instrumentos de regulación peculiares para el cumplimiento de su misión específica los cuales pueden ser de la más diversa naturaleza según el problema que ésta deba abordar, puesto que tales instrumentos van desde la mera recepción y divulgación de información (medida de comunicación), pasando por la intervención en los precios (medida económica) hasta la adopción de normas y la imposición de sanciones a quienes las infrinjan (medidas jurídicas). Cuarto, la función de regulación es usualmente confiada a órganos con un mayor grado de independencia que el que tienen las entidades administrativas preexistentes en el respectivo país sometidas a controles jerárquicos o

contrario a través de esta herramienta de intervención, se busca "*fomentar la competencia, impedir el abuso de los monopolios, desregular para eliminar barreras artificiales a la competencia y, finalmente, calibrar las diversas áreas de un servicio para impedir prácticas discriminatorias o desleales para el competidor*"[21].

Sin embargo, la regulación trae consigo un sin número de reglamentaciones que hacen pesado y muy poco ágil el régimen jurídico, sobre todo en virtud de escenarios propios de intensa globalización, situación que exige flexibilizar y desmontar paulatinamente las normas producto de la regulación, con el ánimo de estimular la producción de bienes y servicios en cabeza de los privados locales y externos. Es así, como toma relevancia la figura de la *desregulación o autorregulación*, entendida como una modalidad de intervención estatal derivada de las tendencias de privatización, donde los códigos de ética pactados por los actores, representan cánones que rigen las relaciones entre los prestadores y los usuarios de servicios públicos.

Por último, en esta primera parte se analizará el fenómeno de incorporación de derecho blando o *soft law* al derecho duro o interno de los Estados, del cual se derivan varios debates y reflexiones, entre ellas vale la pena destacar el inevitable desplazamiento de la fuente primigenia de creación de derecho, sustituida por recomendaciones de organismos multilaterales que procuran resolver asuntos domésticos a través de sus actuaciones y sugerencias.

---

de tutela. No obstante, esta mayor independencia no sustrae a las autoridades de regulación de los controles característicos de una Estado democrático de derecho puesto que sus actos pueden ser revisables por los jueces, sus decisiones son objeto de debate político y legislativo en el Congreso o Parlamento correspondiente, el jefe del ejecutivo dispone de medios diversos para incidir, así sea en algunos casos de manera general y mediata, en la orientación de dichas autoridades y sus integrantes y resoluciones están sujetas al escrutinio de los ciudadanos. Quinto, la función de regulación está fundada en la necesidad de encontrar y mantener un equilibrio entre intereses legítimos contrapuestos en contextos socio-económicos de gran dinamismo de tal forma que, a pesar de los cambios frecuentes y acelerados que se presenten, el Estado disponga de instrumentos para orientar sostenidamente las actividades socio-económicas reguladas hacia los fines de interés general señalados por el constituyente y el legislador (…)" CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 150 de 2.003. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda. Bogotá, 2.003.

[21] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C - 1162 de 2.000. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo. Bogotá, 2.000.

1.1 EL ESTADO GENDARME

En la primera mitad del siglo XIX, se evidencia un "*Estado meramente policial*"[22] caracterizado por una relación situada en la subordinación del pueblo a los mandatos de la administración, dedicado esencialmente a los fines primarios como la Hacienda Pública, la Justicia y la Defensa, sin desconocer por supuesto que poseía una limitada vocación "*de promoción de algunas actividades privadas*"[23], denominado Estado Gendarme.

Para aquel Estado, lo fundamental era garantizar el orden público y la convivencia armónica entre los ciudadanos, de tal forma que el *statu quo* fuera condición imperante en la sociedad, destacando que para alcanzar esta necesaria estabilidad, se constituyó en un anhelo la protección a cargo del Estado de la conquista de la revolución francesa, traducida en los derechos del hombre y del ciudadano, en tanto el orden jurídico y social a lo largo del siglo XIX habría de edificarse sobre ellos, desprotegidos en sus inicios por el Derecho Administrativo, que consideró de mayor valor proteger a la Administración[24].

De manera que, sobre este modelo de Estado en materia económica se impuso la práctica francesa del *laissez faire, laissez pase,* donde cualquier habitante podía establecer libremente sus fábricas y comercializar elementos de cualquier clase, sin necesidad de permiso ni licencia alguna, con tal que se sujetaran a las reglas de policía adoptadas para la salubridad de los mismos pueblos. También podían ejercer libremente cualquier industria u oficio útil sin necesidad de examen, titulo o incorporación a los

---

[22] (…) Al apoderarse la sustitución de la soberanía absoluta del monarca por la del pueblo, esta concepción histórica llegó a su punto culminante con la Revolución Francesa, donde se generalizó la utilización de las técnicas de policía. Durante el ciclo revolucionario, pese a las Declaración de 1.789, los ciudadanos tenían en realidad muy pocas posibilidades de reclamar por la violación de sus derechos personales afectados por medidas de policía, a menos que se arriesgaran a comparecer ante los tribunales especiales, ya que los jueces ordinarios carecían entonces de toda potestad para juzgar los actos de la Administración. CASSAGNE. Juan Carlos. *Derecho Administrativo*. Abeledo Perrot. Tomo II. Pág. 440.

[23] ORTIZ ARIÑO, Gaspar. "*Principios de Derecho Público Económico, Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica*", Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2004. Pág. 70.

[24] MALAGÓN PINZÓN, Miguel Alejandro, "*Vivir en Policía. Una contralectura de los orígenes del derecho administrativo colombiano*", Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2007. Pág. 23

gremios respectivos[25]. Bajo estos presupuestos, referidos por el profesor TRILLO – FIGUEROA, es evidente la entrega absoluta que se hacía en la España del siglo XIX de la economía al libre mercado, casi que en un gesto intencionado de autocontrol donde los principios de oferta y demanda definían la arquitectura del modelo en lo económico.

Tal como se ha expuesto hasta el momento, es claro que los fines del Estado Social a comienzos del siglo XIX se limitaban a las labores judiciales, administrativas, legislativas y de policía que representaban el orden público; sólo hasta finales del siglo en mención se evidencia un compromiso del Estado frente a la prestación de los servicios asistenciales, preconizado fundamentalmente por los avances tecnológicos que permitieron construir alumbrados públicos, llevar agua potable a las viviendas de los ciudadanos, entre otros. Es decir, que en realidad es la oferta de los servicios y no la demanda de los mismos, la que involucró al Estado en la intervención de la prestación de los servicios públicos. Ergo, dicha justificación de intervención la encontramos en el *dominus* o titularidad del "dominio público"[26] en cabeza del Estado, lo cual, sin duda, permitiría la aparición de lo que se denominó Estado Intervencionista.

[25] TRILLO FIGUEROA, Jesús – DE BORJA LÓPEZ JURADO, Francisco. "*La Regulación del Sector Eléctrico"*, Editorial Civitas, España 1996. Pág. 39.

[26] (…) "El concepto de dominio público está determinado por cuatro elementos: I. Noción: El domino público es un conjunto de bienes de propiedad de una persona pública que, por lo fines de utilidad común a que responden, están sujetos a un régimen jurídico especial de derecho privado. La determinación de lo que ha de entenderse por dominio público depende de cada ordenamiento jurídico particular (…) II. Elementos: EL concepto de dominialidad pública está integrado por cuatro elementos: subjetivo, teleológico y normativo (…) Elemento subjetivo: El elemento subjetivo hace referencia al sujeto titular de la cosa. Elemento Objetivo: Este elemento se relaciona con los objetos, bienes o cosas, que integran el dominio público, cuya caracterización legal se rige por los principios del derecho privado. Elemento Finalista: La inclusión de una cosa o bien en el domino público debe responder a un fin. Elemento Normativo: EL concepto de domino público supone el sometimiento de los bienes que lo integran a un régimen de derecho público, condición sine quanon de la dominalidad pública. Este sometimiento sólo puede resultar de una disposición de la autoridad competente, que en nuestro derecho es el Congreso (…)" DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo.* Ediciones Ciudad Argentina. Buenos Aires. 1.997. Pág. 602 -606.

1.2 EL ESTADO INTERVENCIONISTA

En este orden de ideas, "*La intervención del Estado en la economía puede ser de diferente tipo, sin que siempre pueda efectuarse una diferenciación clara entre las formas de intervención correspondientes*"[27]. Así las cosas, son estas conquistas las que exigen al Estado una mayor dinámica y un nuevo horizonte respecto de sus fines, aún más cuando muchas de estas actividades poseían un espíritu monopólico imposible de desarrollar en un ambiente de competencia. Verbigracia, *"frente al servicio de transporte por ferrocarril, en su momento se hacía necesario no sólo que el Estado dictase unas normas diciendo como tenía que ser el ferrocarril, sino que el Estado fuese quien proyectase, programase, y quien únicamente pudiera determinar cuándo, cómo y por donde se trazaban las líneas y quién debía circular por ellas; en definitiva, quien asumía la dirección y control (la titularidad) del servicio*"[28] lo cual fomentaba, por ejemplo, un escenario complejo para el libre desarrollo de la prestación de los servicios reconocidos para la época, dada la necesidad de control, vigilancia y provisión a cargo del Estado.

A su vez, las tendencias ideológicas liberales predominantes en el siglo XIX, representaban una fuerte cortapisa para que el Estado interviniera en la prestación de los servicios públicos, en tanto la premisa que el Estado era mal administrador, había hecho carrera. Además, éste aparentemente no conocía de temas relacionados con la economía y sólo era diestro en los temas jurídicos, provocando la necesidad de crear una figura que permitiera que el Estado sin perder la titularidad de los servicios públicos dirigiera esta actividad cediendo sólo el ejercicio de la misma, es así como aparecen figuras como la concesión administrativa y las privatizaciones.

De modo que, figuras como la concesión permitieron que el Estado maniobrara frente a los servicios públicos. No obstante, llegaría el momento de quiebre de este instrumento a principio del siglo XX, por un lado, las inevitables terminaciones por efectos de tiempo propia de las concesiones y por otro los continuos incumplimientos de los concesionarios

[27] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 150 de 2.003. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda. Bogotá, 2.003.

[28] ORTIZ ARIÑO, Gaspar. "*Principios de Derecho Público Económico, Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica*", Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2004. Pág. 62.

respecto de sus responsabilidades, situación que permitió al Estado "*la iniciación de nuevas actividades técnico y empresariales, además del movimiento de personificación de servicios*"[29] que surge al filo de la primera guerra mundial en aras de hacer frente a los nuevos retos. En conclusión, a partir de 1.920 aproximadamente muchas de las actividades que otrora fueron concesionadas son asumidas nuevamente por el Estado de manera directa.

Frente a este nuevo rol de la Administración, robustecido por las justificaciones surgidas producto de la primera guerra mundial y las demás ya expuestas, el Estado emprende una serie de proyectos desarrollados en el mercado de bienes, es así como aparece una especie de imbricación de la administración pública con la gestión económica llevada a cabo por procedimientos eminentemente de derecho privado[30]. En este orden, aparecen actividades tales como la producción de automóviles, verbigracia la empresa Jaguar insignia de la aristocracia inglesa y que perteneció al Estado Inglés por muchos años, hasta que en la década de los 80s Margaret Tacher, adelantó una agresiva campaña de privatizaciones a través de la cual enajeno los activos públicos de esta empresa.

En consecuencia, la figura de las privatizaciones empieza a tomar importancia en la Administración Pública moderna, redefiniendo la manera de intervención del Estado. Ya no es relevante la producción de bienes y por el contrario se inicia una ola de enajenaciones accionarias que atomizan por completo los capitales públicos o sociales de esta actividad, orientando el Estado sus energías al estímulo del sector privado mediante una serie de herramientas de tipo económico, financieras y demás, con el objetivo de recibir a cambio importantes aportes tributarios producto de las actividades que se desarrollan.

[29] ORTIZ ARIÑO, op. Cit., pág. 57.

[30] A juicio de GARCÍA DE ENTERRÍA, el criterio del servicio público entro en crisis en el segundo tercio del siglo pasado como consecuencia de la ola de nacionalizaciones, se comprobó en este sentido, que la prestación de los servicios públicos tales como telefonía y el transporte, ya no se encontraba en cabeza exclusivamente de la administración pública, ahora las empresas de derecho privado acompañaban en igualdad de condiciones a las entidades públicas. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Curso de derecho administrativo*. Tomo I. Temis 12ª. ed. Bogotá, 2.008. Pág. 29.

En este contexto, cuando el Estado percibía la necesidad de prestar un determinado servicio que estaba siendo desatendido, motivaba la inversión privada para que ésta creara la estructura empresarial y permitiera la prestación del mismo. En aras de promover el escenario descrito, se recurre a medidas de índole tributario o fiscal como ya se mencionó, "*se orienta la inversión privada hacia la prestación de ese tipo de servicio, se otorgan exenciones tributarias, se confieren líneas de crédito blandas parcialmente condonables, se brindan garantías sobre el endeudamiento privado para construir las empresas, de tal modo que logre que los privados realicen una inversión que les permita hacerse cargo de una función que el Estado tendría que asumir*"[31], pero que no asume precisamente porque posiblemente la idea no era acrecentar la prestación directa por parte del Estado sino simplemente regularla y que su prestación la asumiesen esos particulares.

Así, el Estado intervencionista que otrora le permitiera dirigir y planificar con mayores herramientas la economía nacional; ahora se encuentra en una posición distinta, en donde se erige como árbitro de la economía y especialmente de los mercados, cuya finalidad es asegurar su correcto funcionamiento, la garantía de la concurrencia y la protección del interés general[32]. Para lo cual se hace indispensable el endureciendo del ordenamiento jurídico y la producción normativa regulatoria en virtud de alcanzar los fines sustanciales del Estado Regulador, todo lo anterior sustentado en la existencia de fallas evidentes del mercado que impiden circunscribirse únicamente al derecho común de la competencia[33].

[31] Audio, clase magistral: *Fundamentos del Derecho Administrativo*. Profesor: Manuel Alberto Restrepo Medina, II Semestre 2011.
[32] SANCHÉZ HERNÁNDEZ. Hugo Alejandro, *La Noción de Autoridad Administrativa Independiente en España y Colombia"* Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá. 2.016. Pág. 141.
[33] BAUDY, Pierre*. Los servicios públicos en Europa.* Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2.010. Pág. 33.

1.3 EL ESTADO REGULADOR

Bajo estos presupuestos, cobra importancia y surge la figura del Estado Regulador, que en términos de ANTONIO LA SPINA Y GIANDOMMENICO MAJONE, se entiende como el modelo que expresa claramente la transformación de las funciones estatales, en la medida en que ya no interviene en la economía y por el contrario se ocupa de la producción normativa para ajustar y garantizar derechos y obligaciones de los sujetos[34]. En consecuencia, vale la pena mencionar que el Estado no actúa como un simple observador en lo económico, éste posee herramientas jurídicas y de política pública cuya finalidad será "establecer reglas para que el mercado funcione acorde con los objetivos económicamente deseables"[35].

El Estado regulador, si bien renuncia a la prestación de ciertos servicios públicos, no asume una postura pasiva frente a los mismos, lo que si sucede es un cambio en sus prioridades, trasladando el eje a la "*interferencia de algunas actividades mediante el control y la vigilancia*"[36]. Los nuevos paradigmas que redefinen la función del Estado exigen que a su vez *"muten sus estructuras a fin de garantizar la eficiencia y la libertad de competencias en los mercados regulados, acudiendo a la creación de organismos administrativos, principalmente colegiados, de carácter eminentemente técnico, autónomos y en su gran mayoría independientes para asegurar la intervención eficiente y trasparente en el sector económico sujeto a la regulación*"[37].

De manera que, en el modelo de Estado Regulador existe un retorno del protagonismo del mercado que lleva a un proceso de desestatización de funciones a su favor,

---

[34] MARCU, Gérard. *Derecho de la regulación, los servicios públicos y la integración.* Tomo II. Editorial Universidad del Rosario. Bogotá. 2.011. Pág. 11.

[35] STAPPER BUITRAGO. Cristian, *La Regulación de los Servicios Públicos Domiciliarios, eficiencia y protección de los derechos de los usuarios*, Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico. Bogotá. 2.009. Pág. 23.

[36] MITNICK M. Barry, *La Economía Política de la Regulación*, Fondo de Cultura Económica/Economía Contemporánea. México. 1.989. Pág. 26 – 27.

[37] SANCHÉZ HERNÁNDEZ, op Cit., pág. 142.

principalmente en el ámbito empresarial, mediante procesos concurrentes de liberalización, privatización, contractualización y fomento; pero el régimen jurídico aplicable a la estructura y actividad de la Administración sigue estando condicionado por la búsqueda de la realización eficaz y eficiente de las prestaciones sociales a las cuales la ciudadanía no está dispuesta a renunciar [38].

Es así, como una vez transformado el papel del Estado de prestador a regulador, producto de los instrumentos de la economía liberal aplicados, entra a jugar la circunstancia evidente generada por una descentralización de funciones a favor del mercado, en tanto los operadores particulares requieren un tratamiento jurídico diferente del que la sociedad reclamaría cuando el prestador es público, máxime cuando estos operadores normalmente son actores de la globalización económica y por lo tanto lo que va a pretender es mayor autonomía y mayor flexibilidad para poder operar.

En este orden implica de suyo, un cambio de la potestad doméstica a la simplificación normativa y procedimental; ¿esto qué significa? En el escenario del servicio público clásico del Estado intervencionista, cuando una actividad económica se declaraba por ley como servicio público, bastaba con la simple publicación y automáticamente el Estado quedaba investido de una atribución de regulación jurídica intensa sobre esa actividad, (la potestad domestica), pero resulta que ahora el prestador ya no es una entidad pública sino un particular o al menos se está en un escenario donde continua habiendo prestadores públicos pero a ellos se suman prestadores privados[39]. Además, estos nuevos actores serán en muchos casos prestadores extranjeros motivados por el fenómeno de la globalización, contexto que provoca el inevitable desmonte progresivo de las reglamentaciones producto de la regulación en aras de agilizar el sistema normativo doméstico. De modo que, la desregulación o autocontrol pelecha como una nueva forma de intervención del Estado en la economía a la luz de la prestación de los servicios públicos.

---

[38] RESTREPO MEDINA, Manuel. "Derecho *Administrativo Contemporáneo*: *¿Derecho Administrativo Neo – Policial?"* En: Retos y perspectivas del Derecho Administrativo. Editorial Universidad del Rosario. Bogotá 2.009. Pág. 67.

[39] Audio, clase magistral: *Fundamentos del Derecho Administrativo*. Profesor: Manuel Alberto Restrepo Medina, II Semestre 2.011.

1.4 LA DESREGULACIÓN

En criterio de M. DARNACULLETA, las posturas neoconservadoras o neoliberales abogan por una reducción extraordinaria del Estado, advirtiendo que la intervención estatal impide que las fuerzas del mercado, caracterizadas por la eficiencia y la capacidad de autorregulación rebelen sus bondades. Ergo, el adelgazamiento, la descarga, la simplificación y la desburocratización de la administración pública son indispensables en el proceso de liberalización que conducirá a una privatización de bienes y servicios y por consiguiente hacia la desreglamentación y disminución de controles administrativos, en suma, a la – desregulación[40].

Cabe anotar en este orden, que la desregulación "*es una modalidad de las políticas de privatización que, así como la desestatización y la desmonopolización, buscan precisamente generar condiciones de competencia para disminuir los precios en la producción de bienes y servicios*"[41]. Este nuevo escenario exige hacer mucho más ágil el régimen jurídico para que puedan operar generando como consecuencia un fenómeno de desregulación. Es decir, se causará un progresivo desmonte o derogatoria de todas las reglas que antes sometían a una especie de camisa de fuerza la actividad del prestador público, de tal modo, que la sustitución de esa regulación pesada y crónica genera como consecuencia un menor número y menos intenso alcance del orden jurídico por el cual se va a regir la prestación del servicio en aras de permitir darle campo a la autonomía de la voluntad del prestador privado que es la que posibilita que haya competencia.

Sin embargo, con la desregulación surgen importantes retos y desafíos para el Estado, al aplicar el modelo estaríamos frente a un escenario de progresivo e inminente desaparición de esta figura, se pretende por lo tanto que el legislador habilite a las entidades prestadoras para que se autorregulen, sustituyendo y equiparando por

[40] DARNACULLETA I GARDELLA, Mercé. *Autorregulación y derecho público: la autorregulación regulada.* Marcial Pons. Madrid, 2.005. Pág. 54 -55.
[41] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 150 de 2.003. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda. Bogotá, 2.003.

completo a la regulación. Así las cosas, ya no habría solo una sustitución del Estado en su función de prestador, sino en su posición de regulador y de autoridad de policía.

Es claro que, quienes promueven la desregulación, lo hacen basados en muchos casos bajo los argumentos de la corrupción pública, e ineficiencia del Estado, un ejemplo que vale la pena traer a colación en el presente trabajo, es el relacionado con la "municipalidad de Marbella en España, quién fue entregada en administración durante el gobierno de Rodríguez Zapatero (2.004 – 2.011) a una organización de naturaleza privada desplazando a las autoridades elegidas popularmente (…)"[42] . Ahora bien, desregular a este nivel posiblemente no represente la solución a los problemas mencionados de corrupción e ineficiencia del Estado y por el contrario exige que se agudicen las funciones de inspección, control y vigilancia.

Una vez dicho esto, conviene precisar que como derivación de las tendencias extremis de autorregulación tales como la enunciada en el ejemplo precedente, aflora el concepto de autorregulación regulada, aportación que surge en Alemania y cuyo contenido sustancial se circunscribe a que independiente de los anhelos de implementar estructuras autorreguladas en los sistemas económicos, estas suelen estar condicionada por los poderes públicos, lo cual plantea una inevitable imbricación entre la desregulación o autorregulación y la intervención pública encaminada a brindar las condiciones ideales sobre la que cabalgue el desarrollo[43].

De manera que, la desregulación implica además que quienes asuman la tarea de controlar los sectores antes regulados, sean organizaciones independientes y con un alto grado de tecnicismo, en un primer caso con el ánimo de desvincular por completo ésta importante labor de los avatares de la política y en segundo caso en búsqueda de

[42] MARÍN VÉLEZ, Carlos Enrique. *El Derecho Administrativo entre la Modernidad y la Globalización* En: Retos y perspectivas del Derecho Administrativo. Editorial Universidad del Rosario. Bogotá 2.009. Pág. 55 -56
[43] ARROYO JIMÉNEZ, Luis. *Autorregulación y sanciones*. Editorial Lex Nova. España, 2.008. Pág. 23 -24.

decisiones y reglamentaciones cargadas de un alto grado de especialidad en virtud de la protección y garantía del interés general.

En consecuencia y tal como se ha expresado, los fines estatales han variado en sus contenidos entre otras influenciado por la evolución natural de las sociedades y los avances tecnológicos, todo esto ha exigido en el marco de un sistema globalizado adaptarse a los cambios del entorno, de lo cual la regulación de los servicios públicos no ha escapado. De manera que, la interacción de organismos supranacionales dedicados a revisar y proponer recetas encaminadas a regular ciertos sectores de la economía (sotf law), se ha convertido en un común denominador, situación generadora de diversos retos y riegos sobre todo para la soberanía de los Estados y la institución en sí misma.

1.5 INCORPORACIÓN DE DERECHO BLANDO AL DERECHO INTERNO

Otra de las manifestaciones de regulación, la encontramos en la incorporación de elementos de derecho blando o *sotf law*, al derecho interno o *hard law* de los Estados, está tendencia toma fuerza en el marco de un espacio de administración globalizada, que en términos de BENEDICT KINGBURY, NICO KRISCH Y RICHARD B. STEWART se entiende como: (…) "Esto es especialmente cierto en el área de la reglamentación, en la cual la acción genuinamente internacional se combina con la acción por reguladores nacionales en redes de coordinación global que contemplan, e incluso a menudo determinan, la acción doméstica, penetrando profundamente de ésta forma en los programas y decisiones regulatorias domésticas"[44] (…) Bajo estos presupuestos, se gestan instrumentos de derecho flexible que regulan una determinada actividad económica, prima facie de manera no vinculante.

Ejemplo de ello, lo encontramos en algunos regímenes regulatorios globales tales como "*los comités de la OMC, el comité G-7/G-8, y la regulación financiera desarrollada por, entre otros, por el FMI y el comité de Basilea*"[45] . De manera que, en este último caso, los bancos que conforman dicho comité se concede la facultad de emitir recomendaciones de diversos tipos como resultado de sus reuniones periódicas para luego constituirse en insumo de las circulares expedidas por la superintendencia financiera en el caso colombiano, por ejemplo. O aún mucho más complejo, cuando se recurre a elementos de soft law, para dictar decretos o leyes en virtud de solucionar problemas internos de un Estado.

En el marco de todo lo expuesto frente al fenómeno de soft law, se puede concluir parciamente que la incorporación de este tipo de recomendaciones al derecho duro o interno de un Estado, deriva en un inevitable desplazamiento de la fuente primaria de creación del derecho, que en estricto sentido debe ser el órgano representación popular y no las redes o comités multilaterales quienes han tomado un papel protagónico en tratándose de esta materia.

---

[44] BENEDICT, Kingbury; NICO, Krisch; y RICHARD, B. Stewart. Artículo: El surgimiento del derecho administrativo global. Revista de Derecho Público. Edición No. 31. e-ISSN: 1909-7778. Pág. 10

[45] Ibidem. Pág. 4

1.6 EL SURGIMIENTO DE LA REGULACIÓN COMO HERRAMIENTA ESTATAL

La actividad de regulación se puede considerar como una de las formas de intervención pública, junto con la política macroeconómica y la producción directa de bienes y servicios que son necesarias en el ejercicio de la actividad económica. Si no existiera regulación, las empresas producirían para satisfacer la demanda esperada y obtener los mayores beneficios posibles, y los consumidores adquirirían bienes y servicios para mejorar su nivel de satisfacción, sin restricción institucional alguna.[46] Es pues la regulación, una herramienta estatal que limita y controla la conducta de las empresas reguladas, con el ánimo de garantizar entre otras la estabilidad en el crecimiento económico.

Así mismo, "*la regulación como función estatal*"[47] busca reconciliar las exigencias de la autoridad oficial y las dificultades específicas del mercado, especialmente sus ámbitos de competencia, la protección de los derechos y libertades de los ciudadanos, así como la verificación técnica de los procesos[48]. Se entiende entonces la regulación como el conjunto de políticas regulatorias expedidas por los Estados, el instrumento y remanente de derecho administrativo a través del cual se garantiza la libre competencia, el equilibrio en los mercados y el acceso generalizado de los ciudadanos a los servicios públicos.

En línea con lo expuesto hasta el momento, el profesor GÉRARD MARCOÚ reflexiona sobre las distintas nociones del concepto de regulación, en una de las tantas concepciones menciona con claridad meridiana que (…) *"la regulación no se confunde ni*

---

[46] LASHERAS, Miguel Ángel. *La Regulación Económica de los Servicios Públicos*. Ariel Economía. España, 1.999. Pág. 15.

[47] (…) La regulación es una función o acción estatal que hoy presenta gran desarrollo por el paso del Estado productor al Estado regulador. Esta función estatal convive con otras funciones del Estado tales como la función de promoción al sector privado, la función de supervisión y control y la función social. Es importante subrayar que el Estado siempre ha desarrollado su función de regulación, pero hoy con mayor intensidad por la señalada transición del Estado productor al Estado regulador (…) MORENO, Luis Ferney. *Servicios públicos domiciliarios.* Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2.001. Pág. 39.

[48] CHEVALLIER, J. *Réflexions sur l´institution des autorités administratives indépendantes*. En: SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Hugo Alejandro, "*La noción de Autoridad Administrativa Independiente en España y Colombia"* Ediciones Doctrina y Ley, pág. 41.

con un tipo determinado de instituciones, ni con cierto tipo de actos jurídicos; es más bien una función del Estado que se implementa mediante un conjunto de instituciones y de actos jurídicos cuyo régimen no se modifica, salvo en la medida en que lo exige la institucionalización de la imparcialidad para ciertas decisiones"[49] (…) dejando así clara la relación intrínseca que existe entre la función de regular los servicios públicos y la figura del Estado, de no ser así, estaríamos frente a un escenario de manifiesto desequilibrio en los mercados donde el mayor riesgo lo encarnan los usuarios a la luz del surgimiento de posibles monopolios que derivarían en tarifas gravosas y contrarias a los principios del Estado Social de Derecho.

En este contexto, resulta significativo destacar lo dicho por la Corte Constitucional al respecto. "*La regulación es básicamente un desarrollo de la potestad de policía para establecer los contornos de una actividad específica, en un ámbito en el que han desaparecido los monopolios estatales y que posee como fin prioritario asegurar la libre competencia y determinar aspectos técnicos – operativos que buscan asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos*"[50]. Asimilando de esta manera, la regulación desde la perspectiva que desarrolla la Corte como una manifestación evidente de intervención estatal dirigida como ya se anotó a garantizar la libre competencia, corregir las fallas del mercado, garantizar el derecho de los usuarios y buscar una adecuada prestación de los servicios públicos.

En términos de LASHERAS, (…) "*el objetivo de la regulación es la suma del excedente de los consumidores más el beneficio de las empresas reguladas*" (…). Afirmación que permite identificar que la función del Estado debe estar concentrada entre otras en regular la fijación de precios o tarifas generando estímulo y respeto al modelo de libre mercado. Además, evitando los excesos que podrían derivar del valido interés de los prestadores de servicios públicos en virtud de aumentar sus ingresos.

---

[49] MARCOU, Gerard y MODERNE, Frank. *Derecho de la regulación, los servicios públicos y la integración regional*, tomo I. Editorial Universidad del Rosario. Bogotá. 2.009. Pág. 15.

[50] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 186 de 2.011. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto. Bogotá, 2.011.

Así las cosas, el rol del Estado se ve claramente restringido en su accionar, involucrándose en lo relativo al servicio público solo a partir del papel regulatorio, en tanto en este modelo como se ha mencionado con anterioridad, ya no es el Estado quién presta el servicio, no es de su interés y aún más trascendental, no es económicamente rentable, en consecuencia, el margen de estatización que queda es la mera noción de regulación. Sin embargo, es necesario precisar que la aparición y vinculación al sistema económico de nuevos prestadores de servicios públicos no debilita el aparato estatal en sí y por el contrario exige un fortalecimiento cualitativo del mismo[51].

En este orden de ideas y en tratándose de Colombia, el constituyente del 91 advirtió en el proyecto de acto de reforma a la constitución sobre el particular lo siguiente: "art 1. *Los servicios públicos constituyen emanación de la soberanía nacional, y su finalidad es la de satisfacer los intereses y necesidades generales mediante un orden económico y social justo*"[52], conscientes de la imperiosa necesidad de regular en esta materia, con lo cual se reconoce la atribución inherente que le compete al Estado en virtud de garantizar la efectiva prestación de los mismo a toda la población. De igual forma, le confió al legislador la potestad de emitir el régimen que definiría su prestación.

Asimismo, quedó clara la intención del constituyente de aportarle un giro trascendental al modelo, trasformando las prácticas intervencionistas típicas del momento, para implementar la regulación como un asunto de intervención vital en el logro de los fines estatales, sobre todo en materia de servicios públicos.

[51] BETANCUR, Luís Ignacio. *La Prestación de los Servicios Públicos*. En: Instituciones de Derecho Administrativo. Tomo I. Editar académico. Pág. 325.
[52] *Gaceta Constitucional*, núm. 21, Bogotá, Imprenta Nacional, 15 de marzo, 1.991. Pág. 18.

1.7 LA REGULACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS: UN ASUNTO DEL ESTADO

Vale la pena abordar como primera instancia una de las tantas definiciones del concepto de servicio público, para lo cual, se recurre a la aproximación que hace JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ sobre el particular, entendiendo como Servicio Público "*aquella actividad que prioritariamente – pero no exclusivamente – desempeña el Estado, mediante la cual toda persona obtiene acceso a unos ciertos suministros que son indispensables para la vida en común y que no deben ser interrumpidos bajo ninguna circunstancia sino, por el contrario, prestarse de manera constante y segura*" [53].

La prestación de dichos servicios públicos, insisto, es inherente al Estado Social de Derecho, a quién le corresponde garantizar la prestación de manera directa o a través de terceros con el objetivo de mejorar la calidad de vida de la población, dado que la realización de los derechos fundamentales de las personas depende en gran medida de la adecuada prestación de los servicios públicos –p.ej. de agua, salud, saneamiento básico, energía, transporte, etc.[54].

Obsérvese entonces que los "*servicios públicos desempeñan una función vital en el desarrollo de las sociedades modernas, sin éstos, sería inconcebible la organización y el desarrollo de la estructura productiva de las ciudades*" [55]. Bajo esta afirmación, se explica la importancia de la interferencia del Estado a través de la regulación cuando de servicios públicos se trata, esto entraña la mayor exigencia en la función de regulación estatal en aras de evitar el desbordamiento de los prestadores y así garantizar los derechos de los usuarios.

---

[53] HERNÁNDEZ GALINDO, José Gregorio. *Los Servicios Públicos en la Constitución Política*. En: Los Servicios Públicos como Instrumento de Solidaridad y Cohesión Social del Estado. Biblioteca Millennio. Bogotá. 2.005. Pág. 63.

[54] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 150 de 2.003. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda. Bogotá, 2.003.

[55] SOLANES, Miguel. *Servicios Públicos y Regulación. Consecuencias Legales de las fallas del Mercado*. En: serie No. 2. Recursos Naturales e Infraestructura, CEPAL, septiembre 1.999. Pág. 11.

Como ya se anotó, los servicios públicos pueden ser prestados por el Estado, por comunidades organizadas, o por particulares con el ánimo de lograr las finalidades sociales que la justifican, sin embargo, su prestación no está librada en su totalidad a las leyes del mercado. Ergo, para asegurar su cumplimiento el Estado mantiene las funciones de regulación, control y vigilancia sobre dichos servicios, en tanto en cuanto las regulaciones en esta materia permiten además corregir imperfecciones del mercado, generar condiciones de competitividad y garantizar el equilibrio en un sector tan sensible como el de los servicios públicos[56].

Según propone DROMI, la esencia del servicio público exige que, para los supuestos de prestación a través de particulares, el Estado deba dictar los marcos regulatorios que garanticen el mantenimiento de las prestaciones que promuevan la expansión del servicio. Estos marcos regulatorios deben garantizar la calidad, eficiencia y continuidad del servicio[57]. De ahí que represente un deber del Estado, en búsqueda además del equilibrio normativo que permita la interacción de los actores involucrados en la actividad de prestación.

En concordancia con lo anterior, resulta significativo resaltar que la regulación representa una herramienta de intervención del Estado tal como ya se ha apostillado, mediante la cual se pretende garantizar la efectividad de los principios sociales y el adecuado funcionamiento del mercado. Sin embargo, para que se puedan alcanzar de manera adecuada estos fines, es necesario que la función de regulación "*sea ejercida por órganos que tengan características institucionales adecuadas para dar respuesta oportuna y ágil a los diversos problemas que se presentan en los sectores regulados"* [58].

[56] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 955 de 2.007. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra. Bogotá, 2.007.
[57] DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo, servicio público*. Ediciones Ciudad Argentina. Buenos Aíres, 1.997. Pág. 596.
[58] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 955 de 2.007. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra. Bogotá, 2.007.

De manera que, dentro de las características más significativas se destaca, la independencia de los órganos de regulación en el ámbito de los servicios públicos domiciliarios y el cumplimiento de su misión en un Estado Social y Democrático de Derecho, condiciones indispensables para reducir el riesgo de captura[59], además de promover la libre competencia y regular los monopolios[60], con el propósito de permitir que los servicios públicos lleguen al usuario de manera eficiente, continua e ininterrumpida.

Hasta el momento, lo revisado permite destacar la evolución de los distintos fines del Estado a la luz de los servicios públicos, lo cual concede la posibilidad de mencionar, que detrás de estos intensos cambios, encontramos un firme propósito en virtud de mantener el equilibrio de las relaciones entre los ciudadanos y el Estado, así como alcanzar la legitimidad de los regímenes políticos aplicables. Independiente de la fase histórica, lo fundamental será garantizar el orden y la justicia, el respeto por los derechos y la convivencia pacífica, sostenido en la satisfacción oportuna y adecuada de las necesidades básicas, como mínimos para vivir en condiciones que eviten lesionar la dignidad humana.

[59] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 150 de 2.003. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda. Bogotá, 2.003.
[60] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 1120 – 2.005. Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería. Bogotá. 2.005.

1.8 CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO

Del recorrido efectuado, se pueden extraer diversas reflexiones cuyo orden se circunscribe en las pretendidas conclusiones de este capítulo. Empero, se enfocará el eje de éste colorario en los diversos fines del Estado, a la luz del anhelo de legitimidad que se persigue en cada uno de los momentos históricos, con el propósito entre otros, de intervenir en las actividades que se desarrollan en su interior. Mediante la interpretación de los sistemas de creencias y valores que en ocasiones deriva en el cumplimiento de las necesidades básicas insatisfechas.

Así pues, a partir de las fases y diversos fines que ha perseguido el Estado como institución apoyado en las múltiples dimensiones ideológicas abstractas que le aportan identidad, encontramos puntos convergentes basados en la imperativa consolidación de la legitimidad más allá de la robusta legalidad que aportan las constituciones y los marcos normativos. Es por ello, que desde el modelo de Estado Gendarme hasta modelos contemporáneos como él Estado Regulador, se hace clara la permanente búsqueda de la interpretación de los sistemas de creencias y valores distintiva de los grupos sociales de la época, en virtud de ejercer actuaciones de corte intervencionista acompasada con las expectativas vigentes.

En línea con lo anterior, aparentemente estos fines o funciones han sido esculpidos en gran parte por la anunciada y necesaria interpretación, entendida por JELLINEK como la "*actividad libre*"[61]. De modo que, el devenir histórico ha demostrado que la "*legitimidad es más importante para el Poder que la legalidad, porque la obediencia es más rápida y más*

[61] (…) En todo Estado se puede hallar una oposición en el ejercicio de todas sus funciones, a saber: la oposición entre la actividad libre y la actividad reglada. La primera se determina por el interés común, pero no mediante una regla especial jurídica. La segunda se propone la satisfacción de un deber de derecho. La actividad libre es por su importancia la primera, la primera lógicamente y constituye el fundamento de todas las demás actividades. Por ella afirma el Estado su propia existencia, pues la fundación de ese no significa jamás la ejecución de principios de Derecho. Por ella obtiene el Estado dirección y objetivo en su movimiento histórico; toda transformación y progreso en su vida, parte de ella; un Estado cuya actividad fuera totalmente reglada, es una concepción irrealizable (…) JELLINEK. Georg. *Teoría General del Estado*. Compañía editorial continental, S.A. México. 1.958. Pág. 502.

generalizada cuando la legitimidad esta supuesta en el Poder"[62]. Ergo, dicha anhelo de legitimidad es incuestionable en momentos en que el Estado ha procurado brindar seguridad, estabilidad, bienestar, garantía de derechos y cohesión social, para lo cual deposita grandes energías en regular por ejemplo los servicios públicos esenciales para el desarrollo y la supervivencia de la especie humana.

En consecuencia, una vez dotado de una sólida legitimidad, el Estado podrá intervenir en las actividades propias de la sociedad, mitigando el riesgo de desaprobación. En este sentido, la evolución de la función estatal se caracteriza por intentos de reducir la presencia de esta figura, sin embargo, de manera evidente se identifica la demanda que las sociedades hacen.

[62] MOREIRA. A. *Los Fines del Estado, legitimidad y eficacia.* Revista de estudios políticos. 1.968 – dialnet.unirioja.es. Pág. 12.

2. CAPITULO II.

REGULACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO EN EL CONTEXTO GLOBAL

"La actividad administrativa, materialmente hablando, no puede concebirse sin su incidencia directa en la esfera jurídica de los particulares, pues en definitiva aquella se concreta en una regulación, limitación, estímulo, satisfacción, control o protección de los derechos y garantías constitucionales"

Allan R. Brewer Carías

La regulación como función estatal ya hemos dicho en renglones precedentes, constituye una herramienta de intervención a través de la cual el Estado se dota de dientes que le permiten la inspección, el control y vigilancia frente a la prestación de los servicios públicos. En este orden y con el ánimo de imbuirnos de manera más profusa en el tema que ocupa el segundo capítulo de la presente investigación, es menester invocar un breve ejercicio de Derecho comparado que nos permita identificar la manera como se incorporó en algunas estructuras administrativas estatales de occidente dicho instrumento, y sobre todo, como a pesar de poseer los países que exploraremos historias jurídicas y culturales distintas, sin desconocer algunos rasgos coincidentes, alcanzaron a generar una dinámica de réplica de buenas prácticas aprendiendo de los errores y adoptando los aciertos.

En línea con lo anterior, el profesor ELDOWNEY invita a su ensayo titulado "reguladores: tendencias y perspectivas"[63] el análisis adelantado por los doctrinantes CLAUDE HENRY, MICHAELE MATHEU Y ALAIN JEUNEMAITRE quienes identifican distintas fases sobre las que ha cabalgado la adopción de los cambios regulatorios en países como el Reino Unido, países de la Unión Europea como Alemania, Francia y por último y tercera categoría en países de América Latina, análisis que complementaremos con la revisión del caso Norteamericano, dada la importancia que representa está nación a propósito de la regulación como función y la creación de agencias autónomas independientes.

[63] ELDOWNEY, Jhon Mac. *La Prestación de los Servicios Públicos*. En: Instituciones de Derecho Administrativo. Tomo I. Editar académico. Pág. 143.

Así las cosas, en el continente europeo el Reino Unido se destaca como pionero en dicha incorporación a su sistema jurídico e institucional, preconizada a través de procesos intensos de enajenaciones de activos estatales y servicios públicos que otrora eran prestados por el Estado como tal, éste fenómeno de privatizaciones, exigió modificar el entramado institucional y dinamizar la producción normativa en aras de fortalecer cualitativamente el sistema jurídico, de manera que le permitiera implementar la función de regulación como el dispositivo articulador entre los intereses de los operadores y la protección de los derechos y libertades de los usuarios, todo esto en el marco del modelo de libre competencia y libre mercado.

Bajo estos presupuestos, la ola de privatizaciones adelantada en el país en comento liderada por la primera Ministra Margaret Thatcher (1.979 – 1.990), generó irónicamente la necesidad de crear numerosos organismos especializados dedicados a regular y controlar las sociedades privatizadas[64], en tanto en cuanto el tamaño del Estado se redujo para entonces ostensiblemente con base en la premisa de un modelo fallido y pedestre, reafirmándose de ésta manera el mercado con el propósito de implementar nuevas ideas en materia económica sustentadas en los principios neoliberales[65].

La creación de éstos organismos reguladores en Gran Bretaña se "encuadran dentro de la denominación de QUANGOS – *quasi autonomous non goverment organizations* – que en términos del profesor BETANCOR, son una "*administración paralela de una variedad extraordinaria que realizan múltiples tareas administrativas y responden a la tradición secular británica de asociar a los ciudadanos a la ejecución de las políticas públicas"*[66], en procura de entregar la gestión de los servicios públicos a cuerpos profesionales, en

[64] LOMBARTE RALLO, Artemi. *La constitucionalidad de las administraciones independientes*. Tecnos, ciencias jurídicas. Madrid. 2.002. Pág. 36.

[65] (…) La finalidad del movimiento privatizador en este caso es posiblemente realizar unas actuaciones que responden a motivos ideológicos a partir del neoliberalismo. La creciente falta de legitimación del Estado y de las administraciones públicas hacen que se contemple como un paradigma la mayor eficacia de la empresa privada. Si las actividades se realizan y los servicios se prestan por ésta se entiende que ello dará lugar a un sistema económico más ágil y a un aumento de la prosperidad económica. DE ALCÁZAR BAENA. M. Homenaje al Profesor Dr. D Ramón Martín Mateo. *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI.* Tomo II. Tirant lo Blanch. Valencia. 2.000. Pág. 1.884.

[66] BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés. *Las administraciones independientes*. Tecnos, ciencias jurídicas. Madrid. 1.994. Pág. 64.

cabeza de autoridades locales y por supuesto, anhelando que las reglamentaciones emanadas posean un alto grado de especialización y tecnicismo.

Sobre los Quangos, es indispensable anotar que poseen un nivel elevado de autonomía, a tal punto que en el desarrollo de sus funciones no compromete la responsabilidad directa del Gobierno ni de sus ministros a pesar de ocuparse de asuntos que prima facie corresponden y desean ser desarrollados por el Gobierno. En este mismo sentido, son creados por decisiones de una autoridad pública, a través de un decreto real, una ley o una simple decisión ministerial[67].

Ahora bien, en lo que respecta a la Unión Europea, la tendencia de aplicar normas regulatorias a sectores sensibles, contiene razones y justificaciones particulares, una de ellas y de capital relevancia tiene que ver con la necesidad manifiesta de reorganizar y potencializar el sistema económico en el periodo de la segunda post – guerra, así como implementar medidas antimonopólicas que abrieran en su momento la senda para el florecimiento del libre mercado en virtud de la inminente creación de un espacio económico y social común europeo, que a su vez exigió con posterioridad la creación de órganos independientes y especializados que lideraran la función de inspección, control y vigilancia de las actividades reguladas, entre ella los servicios públicos.

Así las cosas, en Alemania tal como lo expone el profesor BULLINGER, la regulación no representa una noción tradicional, se trata más bien de una incorporación reciente derivada del proceso de liberalización y privatización adelantada a finales del siglo XX e incorporada mediante las doctrinas de derecho económico fortalecidas para la época, uno de los primeros sectores regulados en ésta nación fue el de las telecomunicaciones a través de la *Regulierungsbehörde für Telekonmunikation und Post* agencia creada en 1.996[68]. Asimismo, vale la pena solo mencionar, los obstáculos que significaron para la adopción de la regulación en el sistema jurídico e institucional alemán, su tradicional

[67] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 150 de 2.003. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda. Bogotá, 2.003.
[68] BULLINGER, Martin. *Derecho de la Regulación, los Servicios Públicos y la Integración regional en Alemania*. En: Derecho de la Regulación, Servicios Públicos y la Integración Regional, experiencias europeas. Tomo II. L'Hartmattan. Paris 2.005. Pag. 143 – 144.

modelo federal y el profundo sentimiento de reunificación de país producto de las graves consecuencias arrojadas por la segunda guerra mundial, hechos que sin duda complejizaron el discurrir de estas medidas.

Por su parte, Francia es un caso de mayúscula importancia dadas sus características a la luz de la regulación, a pesar de ser un país donde la noción de propiedad estatal se encuentra profundamente arraigada, donde los "*servicios públicos en los campos de las telecomunicaciones, energía y trasporte poseen una larga tradición de provisión estatal*"[69], además basada en monopolios públicos, con profusa centralización y separación de poderes apostillado en la constitución de la V° república francesa. Ha implementado la regulación en algunos sectores sensibles y estratégicos, sobre el particular el profesor GÉRARD MARCOU, define este fenómeno en Francia como una "*función de poder público que pretende asegurar la satisfacción de necesidades colectivas mediante actividades económicas en un régimen competitivo*"[70]. Por supuesto, con una alta influencia de políticas comunitarias concentradas en lograr un mercado único en todos los sectores, entre ellos el de los servicios públicos.

Luego de explorar brevemente el desarrollo de la función reguladora de los servicios públicos en algunos países europeos, bien la vale la pena trasladarnos al continente americano, giro que demanda detenernos en las razones sociales y económicas que enmarcaron en su momento la creación de reglas jurídicas regulatorias en países como los Estados Unidos. En consecuencia, resulta oportuno anunciar que, a diferencia del modelo francés, el modelo administrativo norteamericano no se fundamenta en una unidad de estructuras jerárquicas rígidas subordinada al Gobierno, por el contrario, está sustentada en el sistema de *agencias*, que constituyen un concepto flexible representado en sendas organizaciones públicas con regímenes jurídicos y personería propia[71].

[69] ELDOWNEY, John Mac, op. Cit. Pag. 150.
[70] MARCUO, Gérard y MODERNE, Frank. *Derecho de la Regulación, Servicios Públicos y la Integración Regional, experiencias europeas*. Tomo II. Editorial Universidad del Rosario. Bogotá, 2.009. Pág. 37 – 38.
[71] MARTINEZ SALVADOR, María. *Autoridades Independientes, un análisis comparado de los Estados Unidos, el Reino Unido, Alemania y España.* Ariel Derecho. España. 2.002. Pág. 90.

De acuerdo con lo anterior, la historia permite identificar que, durante la mayor parte del siglo XIX, la intervención estatal en el país en comento era particularmente anémica, *"la prevalencia de la política laisser faire derivaba en una sociedad auto – regulada por las leyes de oferta y demanda*"[72]. Sin embargo, a finales de este siglo se presentan cambios relevantes encaminados a la modernización en materia administrativa, lo que permite observar un creciente intervencionismo estatal, verbigracia, encontramos el fallo proferido por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos sobre el caso *Munn vs People of Illinois* mediante el cual se confirma la intervención regulatoria estatal en ciertas actividades de la vida económica con basamento en el macro – principio del interés general[73]. Asimismo, la aparición de servicios públicos como el transporte por ferrocarril, reforzó la necesaria intervención a través de la regulación económica de estos sectores estratégicos para la época.

Con posterioridad, en los Estados Unidos varios sucesos de tipo económico y social exigieron fortalecer la intervención del Estado, el primero se relaciona con la gran crisis de 1.929 conocida como el *crac del 29,* momento en el que las acciones de la bolsa de Nueva York descienden vertiginosamente, muchas empresas se vieron obligadas a despedir a sus trabajadores y cerrar de manera definitiva, en su mayoría pequeñas y medianas derivando en la aparición de monopolios liderados por grandes conglomerados económicos, situación que obligó al Gobierno del Presidente Franklin D. Roosevelt (1.933 -1.945) a formular e implementar la política del *New Deal* encaminada a regular ciertos sectores de la economía y sobre todo a controlar los monopolios[74].

De modo que, las consecuencias producto de la segunda guerra mundial y la crisis mencionada, invitaron a revisar el sistema de regulación imperante, "*surgen fuerte críticas a propósito de las independen agencies y sus posibles capturas a cargo de los sectores regulados*"[75]. No obstante, en los años setenta se produjo una segunda oleada de creación de este tipo de organizaciones, ahora con algunas diferencias que examinaremos más adelante, quedando claro el poder y la incidencia positiva que estas

[72] SANCHÉZ HERNÁNDEZ. Hugo Alejandro, *La Noción de Autoridad Administrativa Independiente en España y Colombia"* Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá. 2.016. Pág. pág. 58.
[73] Ibidem. Pág. 59.
[74] MARTINEZ SALVADOR, op. Cit. Pág. 95.
[75] Ibidem. Pág. 97.

organizaciones lograron obtener en el marco del sistema normativo e institucional de los Estados Unidos.

Con ánimo de continuar en estricto apego a lo planteado en la parte inicial de este acápite, se abordará el caso de la regulación de los servicios públicos en Brasil, de tal manera que nos permita analizar el tema de estudio aplicado a un país Latino Americano. Ergo, se hace ineluctable entender la noción de servicio público contenido en la doctrina brasileña, en este sentido, el filósofo CIRNE LIMA reflexiona sobre el particular y menciona que la noción de servicio público es "*todo servicio existencial, relativo a la sociedad, o, al menos, así considerado en un momento dado, que, por ellos mismo, debe ser suministrado a sus miembros, directa o indirectamente, por el Estado, u otra persona administrativa"* [76].

Bajo estos presupuestos, el servicio público en Brasil es indispensable para la cohesión social y posee una estrecha relación con el interés social, afirmación que podemos validar al auscultar la Constitución Política de la República Federal de Brasil en el título VII "*Del orden económico y financiero*", capítulo I "*De los principios generales de la actividad económica*" artículo 173 que versa: "*Exceptuados los casos previstos en esta Constitución, la explotación directa de actividades económicas por el Estado solo será permitida cuando sea necesario por imperativo de seguridad nacional o de interés colectivo relevante, conforme a la definición de la ley"*[77]. Si se analiza este articulo y siguientes es posible colegir como el servicio público en este país se trata como una actividad económica y aún más interesante resulta la "*prevalencia conferida en la medida en que se relaciona de manera directa con el interés colectivo al vincularlos al imperativo de la seguridad nacional*"[78], estableciéndose de esta manera, una estrecha ligazón entre el régimen económico, los servicios públicos y la finalidad del Estado.

---

[76] LIMA CIRNE. Carlos Roberto. *Principios de Derecho Administrativo*. Quinta edición. Revista dos Tribunais, Sao Paulo. 1.982. Pág. 82.

[77] Constitución Política de la República Federal de Brasil, en http://www.jurisprudenciaelectoral.org/sites/default/files/legislacion/Brasil/1republica_federativa_brasil_constitucion_politica_1988_es.pdf. (consultada el 23 de noviembre de 2.016).

[78] GRAU, Eros Roberto. *La Regulación en Brasil.* En: Derecho de la Regulación, Servicios Públicos y la Integración Regional, comparaciones y comentarios. Tomo I. L'Hartmattan. Paris 2.005. Pág. 226.

Analizada someramente la noción de servicio público brasileña, es posible mencionar algunos aspectos históricos que rodearon la llegada de la regulación de dichos servicios a este país suramericano. Al igual que en Alemania, se impone como expresión ideológica relativamente reciente (segunda mitad del siglo XIX), que se ocupará de sustituir la función que ejercían los órganos administrativos clásicos. Según lo reconoce el profesor GRAU, otro punto que distingue la regulación brasilera de los servicios públicos de la regulación europea es que la promoción de la competencia entre los proveedores no constituye para Brasil un elemento relevante, mientras que la regulación europea de los servicios públicos se concentra en la idea de servicio público de derecho comunitario, convirtiéndose en una institución de este tipo de derecho[79].

Como acabamos de observar en el precedente análisis, el fenómeno de la regulación se ha manifestado con distintas características en países europeos y americanos, algunas divergentes y otras convergentes. Significa, por lo tanto, que el estudio de los casos permite develar los móviles sociales y económicos que apalancaron en estos continentes la incorporación de la función de regulación estatal en sus sistemas jurídicos e institucionales.

De tal suerte, que éstas divergencias y convergencias identificadas nos conceden licencia para anunciar de manera preliminar que, en los casos del Reino Unido y países de la Unión Europea, fueron las consecuencias de la segunda guerra mundial y la inevitable globalización experimentada de manera superlativa por Alemania y Francia (espacio económico y social común) particularmente convocados en éste trabajo, las grandes incubadoras de la regulación en el continente, soportada además en la necesidad de reorganizar y fortalecer los mercados, controlar la proliferación de monopolios y otorgar bienestar a la población.

Por su parte, los Estados Unidos posee una similitud con los países antes mencionado, también padeció las nocivas consecuencias del periodo de la segunda post – guerra

[79] Ibíd. Pág. 237.

(1.946), sin embargo, en su historia experimento sucesos particulares que marcaron el derrotero para agudizar en extremis la regulación de sectores sensibles. Es así, como a partir de la crisis de 1.929, el Estado Norteamericano se concentrará en permear toda la atmosfera social y económica con normas regulatorias, "*interviniendo en las actividades económicas y prestando ciertos servicios sociales*".[80], creando para tal fin, un sin número de agencias independientes que complementaron las ya existentes dedicadas a regular las tarifas y prácticas abusiva de las compañías ferroviarias[81].

A la luz de los países latinoamericanos, los acontecimientos y razones fueron distintas, Brasil por ejemplo adoptó la regulación sustentada en la necesidad de crecimiento, estabilidad económica y cohesión social. Ergo, a diferencia de Norte América y los países europeos analizados, no experimentó periodos de post – guerra o grandes crisis económicas que exigiera incorporar o replantear su sistema normativo e institucional en función de adoptar reglamentaciones en sus sectores sensibles. En este mismo orden de ideas, aparece la regulación en Colombia, modelo incorporado a partir de las trascendentales discusiones que rodearon los debates en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente donde se gestó una nueva carta política.

Sobre el particular, los constituyentes Carlos Lemos Simmonds, Carlos Ossa Escobar, Rafael Ignacio Molina, Antonio Yepes Parra, Rodrigo Lloreda Caicedo y Oscar Hoyos Naranjo, reflexionan en el informe de ponencia sobre el nuevo "*régimen económico y finalidad social del Estado*" exponiendo de manera categórica (…) "*según se precisa los servicios públicos se encuentran en crisis: macro – economía de cobertura que implica menor nivel de vida en los sectores pobre, así como una mayor tasa de morbi – mortalidad, ecológica, sanitaria y política que ocasiona multiplicidad de protestas cívicas* (…) *esta crisis justifica la intervención estatal, pues la insuficiencia y la ineficiencia; la mala calidad y la corrupción, la burocratización política y lo confiscatorio de las tarifas, ameritan una radical gestión estatal de control y vigilancia*"[82] (…) invocando claramente

[80] MARTINEZ SALVADOR, op. Cit. Pág. 95.
[81] Ibidem.
[82] *Gaceta Constitucional,* núm. 53, Bogotá, Imprenta Nacional, 18 de abril, 1.991, Pág. 5.

las justificaciones que acompañaron el cambio de modelo de un Estado prestador a un Estado regulador, atadas a la estabilidad, cohesión social y por supuesto al crecimiento económico del país, muy similar a lo sucedido en Brasil.

Si bien, hemos realizado hasta ahora un esfuerzo en aras de explicar los contextos sociales y económicos que sirvieron de móviles para la adopción de normas regulatorias en sectores sensibles de algunos países europeos y americanos, aún falta por analizar las trasformaciones institucionales adelantadas necesariamente en virtud de modernizar la administración pública y abonar el terreno, de suerte tal que la regulación como función contara con entes que le permitieran rebelar sus bondades en los sistemas jurídicos de los países en los que como ya se mencionó se adoptó el modelo regulatorio.

Sobre estos entes, hemos hecho mención de manera tangencial, sin embargo, se hace imperativo detenernos en el estudio de los mismos, con el objetivo de comprender el ethos y la génesis de estas Autoridades Administrativas Independientes, en consecuencia, se podría espetar prima facie recurriendo a la definición que propone el profesor BETANCOR RODRÍGUEZ en tanto en cuanto. "*Las AAI son administraciones que responden a dos características fundamentales: la independencia y la neutralidad; la independencia del Gobierno y la neutralidad política de su gestión*"[83], esta aproximación al concepto de AAI será el punto de partida para dedicar parte de esta investigación, al estudio de las mismas.

[83] BETANCOR RODRÍGUEZ, op. Cit. Pág. 25.

2.1 LAS AGENCIAS REGULADORAS

El fenómeno de las AAI plantea un debate suscrito entre los pilares que soportan la estructura constitucional del Estado y la autonomía e independencia de las mismas, surgen como un organismo desligado de las ramas tradicionales del poder público que se integran también a la administración, acompañadas de características novedosas dentro de las que se distinguen "*la autonomía frente al Gobierno y a veces frente al legislador, su capacidad de actuar en temas de gran sensibilidad social, económica, política y además, encargadas en algunos casos de desempeñar funciones de regulación y en otros funciones de prestación de servicios*"[84]. Todos estos peculiares atributos ponen de presente serios cuestionamientos a la luz de la constitucionalidad de las AAI toda vez generan un quiebre del sistema clásico de articulación de los poderes del Estado, debate que por supuesto no se resolverá en el presente trabajo.

Se tratan, por lo tanto, de organismos, entes, agencia, comisiones u otra denominación con una aparente autonomía absoluta y alto grado de especialización, dedicadas a regular en ciertos casos materias sensibles en las que se articulan importantes intereses económicos y sociales, tales como los servicios públicos y otros sectores estratégicos como las comunicaciones. En este sentido, las AAI nacen en virtud de alcanzar la mayor discrecionalidad respecto de los avatares típicos de la política, de manera que coadyuven a garantizar los derechos de los usuarios y brindar en tratándose de servicios públicos acceso universal, continuo, de calidad y con tarifas justas a través de la figura de *autoridades reguladoras*.

A juicio del profesor A. BETANCOR, el origen de estas autoridades independientes surge en los Estados Unidos desde finales del siglo XIX con las *independent agencies,* creadas por una ley específica del Congreso que define su estructura, organización, funciones poderes y limites, de éstas resulta pertinente destacar la *Interstate Commerce Comission*

[84] MARTINEZ SALVADOR, María. *Autoridades Independientes, un análisis comparado de los Estados Unidos, el Reino Unido, Alemania y España.* Ariel Derecho. España, 2.002. Pág. 29.

(ICC) creada en 1.887[85], la *Federal Trade Commission,* creada con posterioridad en 1.914. Empero, las consecuencias de la crisis de 1.929 permitieron un crecimiento exponencial de estas agencias reguladoras tales como, la *Securities and Exchange Commisions,* la *Nuclear Regulatory Commisions*[86] entre otras. En lo que respecta a Europa, las autoridades independientes con claras funciones de regulación aparecen en el escenario solo hasta finales del siglo XX, inspiradas en el modelo de agencias Norte Americanas.

En todo caso, cuando nos referimos al concepto de autoridades administrativas independientes, nos enfrentamos a una inevitable relación de especie y género, siendo las agencias o comisiones de regulación la especie y las AAI el género de este fenómeno, "*dedicadas las primeras básicamente a la regulación y prestación de servicios de sectores de especial trascendencia económica o social*"[87]. Siendo de nuestro particular interés, las agencias o autoridades reguladoras, quienes responden a la aplicación de políticas neoliberales y liberalización de los mercados, coincidiendo con la trasmutación del modelo de Estado prestador al Estado Regulador.

Una vez analizado el fenómeno de las Autoridades Administrativas Independientes y Agencias de Regulación en Estados Unidos y Europa, resulta indispensable revisar de manera detallada como se consolidaron desde el punto de vista orgánico y funcional dichos entes en Francia, España, Estados Unidos, Inglaterra y Chile, con el ánimo de identificar a partir de un ejercicio comparado las posibles convergencias y divergencias presentes en cada caso, sobre el particular MARCOU recomienda aplicar el método comparativo, en tanto permite medir la diversidad de interpretaciones que se le han dado a la noción de regulación dentro de los diferentes sistemas jurídicos[88], referentes innegables para el diseño del esquema regulatorio imperante en Colombia.

---

[85] BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés. *Las administraciones independientes*. Tecnos, ciencias jurídicas. Madrid, 1.994. Pág.32.

[86] LOMBARTE RALLO, Artemi. *La constitucionalidad de las administraciones independientes*. Tecnos, ciencias jurídicas. Madrid, 2.002. Pág. 42.

[87] MARTINEZ SALVADOR, op. Cit. Pág. 69.

[88] MARCOU, Gerard y MODERNE, Franck*. Derecho de la regulación, los servicios públicos y la integración regional, comparaciones y comentarios*. Tomo I. Editorial Universidad del Rosario. Bogotá, 2.009. pág. 13.

2.2 LA AGENCIA REGULADORA EN FRANCIA

El modelo de AAI en Francia encuentra su justificación histórica tal como ya se ha mencionado, en la creciente intervención económica posterior a la segunda guerra mundial, así como tiempo después, en las políticas de liberalización de mercados producto de la consolidación de un espacio económico y social común europeo. En este orden, desde la década de los años sesenta se evidencia la creación de varios organismos que poseían competencias propias, verbigracia identificamos la Comisión de Operaciones de la Bolsa creada en 1.967. Empero, solo a partir de la ley del 6 de enero de 1.978 se consagró legalmente la noción de autoridad administrativa independiente con la creación de la Comisión Nacional de Informática y las Libertades (CNIL)[89].

La justificación de creación de la CNIL se soportó en la necesidad de regular el sector de informática que por su especialización técnica debía atribuirse a una autoridad independiente; en lo relativo a su organización interna se definió estatutariamente que la elección de sus 17 miembros estaría a cargo de diferentes instancias públicas, no reciben órdenes ni instrucciones, ni se someten a los controles ordinarios de la administración[90]. No obstante, están bajo el control que realizan los jueces en desarrollo de sus funciones, de esta manera se garantiza algún grado de articulación con la administración de justicia.

Así las cosas, estos organismos (*autorités administratives indépendantes*), son entidades estatales de tipo administrativo con poder de decisión reglamentación, sanción, investigación con fines de sanción o consultivos, pero que escapan al control jerárquico del poder ejecutivo, cumplen funciones de regulación de un sector o una actividad económica, pero que, a su vez, pueden tener una naturaleza distinta y en todo caso más amplia que la regulación. Estas poseen un altísimo grado de autonomía respecto del ejecutivo y del legislativo, su creación es competencia del legislador**,** pueden adquirir su

[89] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 150 de 2.003. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda. Bogotá, 2.003.
[90] MARTINEZ SALVADOR, María. *Autoridades Independientes, un análisis comparado de los Estados Unidos, el Reino Unido, Alemania y España.* Ariel Derecho. España. 2.002. Pág. 90.

estatus por dos vías bien sea por expresa disposición del legislador, o por reconocimiento jurisprudencial. Por ejemplo, en 1.984, El Consejo Constitucional cualificó como AAI a la Alta Autoridad de la comunicación audiovisual - HACA. Excepcionalmente estas son creadas por el constituyente o tras ser inscritas en la constitución, tal es el caso del Defensor de los derechos (2.008)[91] .

[91] SÁNCHEZ, Hugo Alexander. Ponencia presentada en la jornada colombo – francesa de derecho constitucional y administrativo. *Las autoridades administrativas independientes como fenómeno global y su impacto en Francia y en Colombia.* Bogotá, 2.016.

2.3 LA AGENCIA REGULADORA EN ESPAÑA

En España, las primeras formas de autoridades independientes aparecieron hace dos décadas, es decir, con posterioridad a la Constitución de 1.978, en tal sentido, a dos años de aprobada la Constitución, se creó mediante la ley 15 de 1.980 el Consejo de Seguridad Nuclear (CSN) primera en su género, se reformó la ya existente Dirección General de Radiodifusión y Televisión creada en 1.962 (RTVE) y el Banco de España (BE) definido a través de la ley 30 de 1.980 como una entidad de derecho público, con personería jurídica propia y plena capacidad pública y privada con autonomía administrativa respecto a la administración del Estado[92], todo con el ánimo de otorgarle un alto grado de autonomía[93].

Bajo éste mismo presupuesto, se creó a semejanza de una *independent Commissions* Norteamérica, la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) mediante la ley 28 de julio de 1.988, ente al que se le encomienda la supervisión, inspección y trasparencia de los mercados de valores, todos estos organismos poseen características comunes que las identifica como administraciones denominadas independientes, dentro de las que vale la pena destacar i) los directores de dichos órganos son escogidos por el Gobierno luego del sometimiento de los candidatos ante el Congreso de Diputados[94] ii) los miembros de sus órganos colegiados de gobierno y de administración no pueden ser removidos discrecionalmente ni recibir órdenes, ni instrucciones del Gobierno, ii) gozan de un estatuto jurídico que garantiza su independencia respecto del Gobierno iii) son entes de supervisión de sectores (energía nuclear, mercados, sistemas bancarios etc.)[95].

---

[92] BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés. *Las administraciones independientes*. Tecnos, ciencias jurídicas. Madrid, 1.994. Pág. 113.

[93] MARTINEZ SALVADOR, María. *Autoridades Independientes, un análisis comparado de los Estados Unidos, el Reino Unido, Alemania y España.* Ariel Derecho. España. 2.002. Pág. 239.

[94] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 150 de 2.003. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda. Bogotá, 2.003.

[95] BETANCOR RODRÍGUEZ, op Cit., pág. 97.

Existen creaciones posteriores en las que evidentemente se identifica la influencia del derecho comunitario, así como de las autoridades de otros países, en esta segunda etapa que trascurre durante la década de los 90s se crean mayoritariamente comisiones *reguladoras*, tales como: la Comisión Nacional de Energía (CSEN) en 1.998, Comisión del Mercado de Telecomunicaciones (CMT) en 1.996 y la Comisión Nacional del Sector Postal, concebidas a partir de la lógica de la liberalización de mercados[96] y en virtud de fortalecer la creación de un espacio común europeo, con mercados despojados de barreras.

Una vez analizados los casos de Francia y España, vale la pena remitirse a Europa insular (Reino Unido), en aras de auscultar el fenómeno de estudio en este acápite, teniendo en cuenta la alta relevancia cuando de analizar la noción de regulación y la creación de autoridades independientes europeas se trata.

[96] SANCHÉZ HERNÁNDEZ. Hugo Alejandro, *La Noción de Autoridad Administrativa Independiente en España y Colombia"* Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá. 2.016. Pág. pág. 248.

2.4 LA AGENCIA REGULADORA EN INGLATERRA

La tradición político administrativa británica, posee unas señas distintivas que la diferencian radicalmente de los patrones conocido en buena parte del continente europeo, tales como: (i) la existencia de una administración central mínima, (ii) una realidad plurinacional, (iii) la descentralización hacia las autoridades locales, (iv) la ausencia de auténticas estructuras ministeriales, (v) la delegación en favor de grupos profesionales, (vi) la autorregulación de los sectores económicos, entre otras. Por su parte, la gestión pública británica es protagonizada por una constelación de entes singulares denominados Quangos (*Quasi – Autonomous Non – Governmental Organisations)*[97]*, "que no son un fenómeno reciente, sino una de las formas tradicionales de organización de los poderes públicos en el Reino Unido"*[98], los cuales se califican como administraciones independientes. En tal sentido, existen tres tipos de quangos atendiendo a su naturaleza: (i) los ejecutivos, (ii) consultivos y (iii) cuasi – judiciales[99].

En línea con lo anterior, a juicio del profesor BETANCOR, los argumentos que justifican la creación de estos organismos giran en torno a que determinadas funciones se desarrollan mucho mejor cuando están en cabeza de organismos que mantienen una distancia

[97] LOMBARTE RALLO, Artemi. *La constitucionalidad de las administraciones independientes*. Tecnos, ciencias jurídicas. Madrid, 2.002. Pág.32.

[98] MARTINEZ SALVADOR, María. *Autoridades Independientes, un análisis comparado de los Estados Unidos, el Reino Unido, Alemania y España.* Ariel Derecho. España. 2.002. Pág.42.

[99] Ibid. Pág. 31-33 (…) Sobre la clasificación de los quangos respecto de su origen y naturaleza Lombarte Rallo menciona: los quangos ejecutivos son creados mediante expresa previsión de una *Act of Parliament* o mediante decisión administrativa; los Quangos consultivos proceden, mayoritariamente, de actos administrativos o, en pocos casos, de *statues* – este último será el instrumento habitual para crear los Quangos cuasijudiciales – se observa, en consecuencia que la intervención legislativa en la creación y configuración de estos entes es más bien limitada (…) Las razones alegadas para la creación difieren según su naturaleza. Los quangos ejecutivos persiguen, entre otros objetivos, la gestión directa de ámbitos sin gran trascendencia política, los quangos consultivos pretenden obtener en consejo técnico y la representación de los diferentes intereses en el proceso decisional administrativo y, a tal fin, están integrados por representantes de organismos públicos y privados como sindicatos, asociaciones de usuarios, etc. Finalmente, los quangos cuasijudiciales son órganos administrativos independientes integrados por especialistas y cuyas funciones jurisdiccionales sobre conflictos entre ciudadanos y determinadas esferas departamentales acotadas persiguen descargar a la más costosa jurisdicción ordinaria de dicho volumen litigioso (…)

prudente del Gobierno central; asimismo responden como se anotó renglones anteriores, a la fuerte lógica de descentralización británica condición que les permite estar fuera del control político del Parlamento y poseer respecto de los Ministros una responsabilidad política limitada en lo relativo a su tarea de gestión[100], características que son celosamente conservadas en virtud de impedir la desnaturalización de estos organismos y evitar restarles las poderosas ventajas que las distinguen.

A propósito de la creación y nombramiento de los miembros integrantes o directivos de los QUANGOS, LOMBARTE RALLO, aclara que éstos órganos son creados mediante una ley, un decreto real o por decisión ministerial, en segunda instancia, es competencia de los Ministros el nombramiento de los miembros, quienes, para tales fines, tendrán en cuenta, con carácter indicativo, los listados de especialistas que reposan en algunos ministerios o en el Departamento de la Función Pública, una vez identificados los posibles candidatos, estos tendrán que superar un concurso público o en otros casos un proceso de consultas al que son llamados los representantes de organizaciones profesionales o sociales o de los departamentos ministeriales[101], sistema que indudablemente arrastra serias críticas relacionadas con prácticas clientelistas, lo que resultaría cierto y alarmante si tenemos en cuenta que en 1.979 un grupo reducido de ministros tenían la posibilidad de nombrar discrecionalmente 8.000 cargos remunerados y un total de 25.000 sin remuneración[102].

[100] BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés. *Las administraciones independientes*. Tecnos, ciencias jurídicas. Madrid, 1.994. Pág. 60.
[101] LOMBARTE RALLO, op Cit., Pág. 34.
[102] Ibidem.

2.5 LA AGENCIA REGULADORA EN ESTADOS UNIDOS

Las *independent regulatory agencies* o *independent regulatory comisión* nacieron en los Estado Unidos de América a finales del siglo XIX, verbigracia encontramos la creación de la *Interestate Commerce Commission* (ICC) creada en 1.887 por la *Interstate Commerce Commission Act* de ese año[103]. Empero, solo hasta la era del *New Deal,* cuando en una clara determinación del Gobierno Roosevelt (1.933 – 1.945) de intervenir la economía, dichas agencias toman una mayor relevancia en el marco de la administración norteamericana y se detona de manera exponencial la creación de estos organismos.

Sobre el particular, SALVADOR MARTINEZ, menciona que posterior a la crisis de 1.929 se crearon nuevas *independent agencies* con características similares a las ya existentes y cuya función estribaba en la regulación y control de la actividad en los mercados privados, pero adicionalmente se crearon un sin número de agencias de otro tipo, denominadas *executive agencies*, dedicadas sobre todo para prestar los servicios sociales de los que se había responsabilizado el Estado[104], cumpliendo funciones ejecutivas delegadas por el Presidente, siendo en todos los casos su superior jerárquico[105].

En este sentido, las agencias independientes creadas en ésta época fueron: la *Securities and Exchance Commissions* (SEC) 1.934, para supervisar la actividad en los mercados financieros, la Federal Communications Commissions (FCC) 1.934, dedicada al ámbito de las comunicaciones, actualmente es una agencia de regulación multisectorial e interestatal en tanto posee competencia en varios sectores como lo son la radio, televisión, telefonía, redes inalámbricas, satélites y cable en los 50 Estados, el distrito de Columbia y los territorios de ultramar pertenecientes a los EEUU, la Federal Power

[103] BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés. *Las administraciones independientes*. Tecnos, ciencias jurídicas. Madrid, 1.994. Pág.32.
[104] MARTINEZ SALVADOR, María. *Autoridades Independientes, un análisis comparado de los Estados Unidos, el Reino Unido, Alemania y España.* Ariel Derecho. España. 2.002. Pág.95.
[105] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 150 de 2.003. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda. Bogotá, 2.003.

Commissions (FPC) 1.920, creada mediante la *Federal Water Power Act.* encargada de expedir licencias y regular el mercado hidroeléctrico interestatal, además de proteger e incentivar la navegabilidad de los ríos norteamericanos[106], la *National Labor Relations Board* (NLRB) 1.935, dedicada a regular las relaciones laborales, la *United State Maritime Commissions* (USMC) 1.936, para sustituir a la USSB cuando se trasformó en bureao del *Departament of Commerce* y en 1.938 la *Civil Aeronautics Board* (CAB), para regular el tráfico civil aéreo[107].

Estos organismos en el sistema norteamericano se crean mediante una ley especial que establece sus funciones, en cuanto a su dirección, se encuentra un Consejo cuyos miembros hacen parte de los partidos minoritarios y mayoritarios y a su vez son designados por periodos superiores al del presidente y el Congreso. Asimismo, respecto a sus funciones generales cuentan con un amplio poder de producción y aplicación de normas regulatorias y de imponer sanciones administrativas[108].

De conformidad con lo anterior, una de las características más interesante de la regulación expedida por estos organismos en los Estados Unidos, tiene que ver con la participación de la ciudadanía en las decisiones que se pretenden tomar, a quienes involucran desde el momento de la identificación del problema que se aspira a resolver mediante la producción normativa regulatoria, éste procedimiento administrativo abierto, le otorga una gran carga de legitimidad y calidad a las reglamentaciones expedidas[109]. Sobre el particular la OCDE identificó una serie de instrumentos que soportan la

---

[106] SANCHÉZ HERNÁNDEZ. Hugo Alejandro, *La Noción de Autoridad Administrativa Independiente en España y Colombia.* Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá. 2.016. Pág. 68 - 69.

[107] MARTINEZ SALVADOR, op Cit., Pág. 95 – 96.

[108] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 150 de 2.003. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda. Bogotá, 2.003.

[109] En palabras de JAIME HUMBERTO MESA *"(…) Las recomendaciones de la OCDE es adoptar la metodología de análisis de impacto regulatorio que manejan todos los países que pertenecen a ella, noción que surge en los Estados Unidos aproximadamente en 1.948 a partir de las teorías de Harold D Lasswell 1.902 – 1978. En este sentido, a partir de CONPES 3816 de 2.014 se estable para Colombia la implementación de la metodología OCDE para expedir todas las normas regulatorias, se trata de una metodología previa a la expedición de las regulaciones sobre el análisis de impacto sobre la regulación en particular…"* [Entrevista personal, marzo 09 de 2017].

"*normatividad inteligente*"[110], entre ellos se desataca el establecimiento periódico de consultas a los ciudadanos sobre las propuestas normativas, es decir, se trata de un procedimiento previo que permite tener una visión sobre el posible impacto de la futura norma, sustentada en la consulta permanente a los ciudadanos y con el ánimo de disminuir al máximo las acciones litigiosas en contra de la norma regulatoria ya expedida.

[110] Bajo este presupuesto, el Gobierno Nacional a través del CONPES 3816 de 2.014 menciona (…) En síntesis, y como lo manifiesta la Comisión Federal de Mejora Regulatoria de México (COFEMER), la mejora normativa asegura que la *regulación* responda al interés público, en términos de promover el buen funcionamiento de los mercados, incrementar la competitividad de la economía, genere empleos, mejore la distribución del ingreso y, en general, eleve el nivel de bienestar de la población (...) Desde el año 2.000, se han implementado estrategias de política para la mejora de la producción normativa en Europa, las cuales se basan en que mejores instrumentos normativos permiten garantizar el crecimiento económico y el empleo, el bienestar social y medioambiental. Esto, se enmarca en los que se ha denominado normatividad inteligente la cual supone (i) evaluar el impacto de las normas y de las políticas en todo su ciclo para fundamentar la reforma o creación de nuevas propuestas; (ii) hacer la normatividad más clara y accesible; y (iii) establecer periodos para realizar consultas a los ciudadanos sobre las propuestas normativas (…) CONPES 3816. Mejora normativa: Análisis de Impacto. Octubre 2 de 2.014.

2.6 LA AGENCIA REGULADORA EN CHILE

En virtud de robustecer el presente análisis y tensar el discurrir del surgimiento de la regulación y las agencias reguladoras en distintos países, se considera de capital importancia en este trabajo convocar el caso chileno, modelo sui – géneris en tanto en cuanto, opera de manera particular y distinta a todo lo expuesto hasta el momento. Empezando por tratarse de un país poderosamente privatizado y concesionado a partir de la constitución de 1.980, donde se consagró la libre iniciativa económica, restringiendo el actuar del Estado sólo en virtud de la potestad de regulación u ordenación en aras de evitar lesionar los intereses públicos. Ergo, con la nueva carta fundamental se atomizó el modelo de Estado empresario - benefactor imperante y se pasó al modelo de un Estado Regulador[111].

Así las cosas, en primer lugar, la actividad regulatoria en Chile está dispersa en diferentes órganos de la administración, quienes poseen una relación orgánica con el gobierno, que va desde la plena dependencia jurídica y administrativa del Presidente hasta fórmulas intermedias de descentralización administrativa con autonomía funcional (servicios, comisiones y superintendencias), como segunda característica, dicha actividad se manifiesta en una diversidad de poderes jurídicos de intervención y multiplicidad de sectores, lo que genera una particular heterogeneidad de órganos administrativos reguladores impidiendo hacer una identificación plena de la tipología de los mismos [112].

De manera que, "*concurren en estas funciones reguladoras, departamentos ministeriales, subsecretarias, direcciones generales, órganos autónomos de rango constitucional, comisiones, consejos e incluso corporaciones de derecho privado, cada uno con potestades distintas y en muchos casos concurrentes*"[113], característica que para algunos

[111] VERGARA BLANCO, Alejandro. *Regulación económica de los servicios públicos.* ARA Editores. Perú. 2.010. Pág. 233 -234.
[112] Ibid. Pág. 230.
[113] Ibidem.

doctrinantes representa una significativa falta de sistematización del legislador en la definición de las estructuras administrativas encargadas de la función de regulación.

Otra de las particularidades que llaman la atención del modelo Chileno y distan de manera profunda con el modelo colombiano, obedece a los órganos encargados y al procedimiento aplicado para definir las tarifas de los SP, tal como sostiene el profesor LUIS I. BETANCUR, en Chile estas son decididas por el Ministerio de Economía, de modo que, la Superintendencia de Servicios Sanitarios prepara las metodologías sustentadas en estudios de una "empresa modelo" que remite al Ministerio de Economía y es este el que jurídicamente las fija, mientras que en Colombia, el órgano encargado de establecer las fórmulas para la fijación de las tarifas de los SPD y la fijación de las mismas, le corresponde a las comisiones de regulación, así se instituyó mediante el artículo 73 de la Ley 142 de 1.994, tomando como base los criterios orientadores de "*eficiencia, economía, neutralidad, solidaridad, redistribución, suficiencia financiera, simplicidad y trasparencia*"[114].

Adicionalmente, en el marco del modelo regulatorio chileno, la Superintendencia de Servicios Sanitarios inicia el proceso de concertación con cada empresa; si no hay acuerdo, las dos partes designan un Comité de Expertos de tres miembros, es decir, que la definición se sustenta en la negociación entre empresas prestadoras y el órgano que prepara las metodologías tarifarias en aras de encontrar un equilibrio. Por contra, en Colombia las empresas de SP tal como lo establece el RSPD en su artículo 88 se encuentran sometidas al régimen de regulación que a su vez incluye modalidades de "*libertad regulada y liberta vigilada*"[115] o un régimen de libertad de acuerdo a las siguientes reglas: artículo 88.1 reza, "*deberán ceñirse a las fórmulas que defina periódicamente la respectiva comisión para fijar sus tarifas* (…) *de acuerdo con los estudios de costos, la*

[114] Ley 142 de 1.994, artículo 87.

[115] Ley 142 de 1.994, (i) Artículo 88.2. Las empresas tendrán libertad para fijar tarifas cuando no tengan una posición dominante en su mercado, según análisis que hará la comisión respectiva, con base en los criterios y definiciones de esta Ley. (ii) Art. 88.3. Las empresas tendrán libertad para fijar tarifas, cuando exista competencia entre proveedores. Corresponde a las comisiones de regulación, periódicamente, determinar cuándo se dan estas condiciones, con base en los criterios y definiciones de esta Ley.

comisión reguladora podrá establecer topes máximos y mínimos tarifarios, de obligatorio cumplimiento por parte de las empresas". En todo caso, consolidándose una instrucción que obliga a su acatamiento sin oportunidad de intervenir en la definición de las fórmulas para la fijación de tarifas. No obstante, es clave mencionar, que la misma ley en el artículo 89.7 incorpora algunas excepciones sobre el particular, concernientes a la aplicación de las formulas tarifarias para hospitales, clínicas, centro y puestos de salud y los centros educativos y asistenciales sin ánimo de lucro[116].

Bien vale la pena a estas alturas, explorar alguno de los sectores relevantes regulados en Chile, para lo cual analizaremos como opera esta función en el *mercado* sanitario. A la luz de la Ley general de servicios sanitarios por medio de la cual se regulan distintas materias relacionadas con el servicio de agua potable tales como (…) *"(i) los prestadores de servicios sanitarios, quienes producen agua, distribuyen agua potable recolectan aguas servidas y distribuyen estas aguas (ii) Las relaciones entre las concesionarias de servicios sanitarios y de éstas con el Estado y los usuarios"*[117] (…) se identifica con claridad meridiana la preeminencia del principio de subsidiariedad en el sistema jurídico chileno, a partir del cual el Estado solo puede actuar como empresario en la medida en que los particulares no puedan o no quieran realizar la actividad económica requerida.

Empero, es necesario aclarar con basamento en el artículo 19 de la constitución política del país en comento[118], que el principio de subsidiariedad posee limites cuando se trata de

[116] Ley 142 de 1.994, artículo 87.9. "*Cuando comiencen a aplicarse las fórmulas tarifarias de que trata esta Ley, los hospitales, clínicas, puestos y centros de salud, y los centros educativos y asistenciales sin ánimo de lucro, no seguirán pagando sobre el valor de sus consumos el factor o factores de que trata este artículo. Lo anterior se aplicará por solicitud de los interesados ante la respectiva entidad prestadora del servicio público. Sin excepción, siempre pagarán el valor del consumo facturado al costo del servicio*".

[117] Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Decreto con fuerza de Ley No. 382 de 1.998. La Ley general de servicios sanitarios, regula: régimen de explotación de servicios públicos destinados a producir y distribuir agua potable y a recolectar y disponer aguas servidas; régimen de concesión para establecer, construir y explotar servicios sanitarios; fiscalización del cumplimiento de las normas relativas a la prestación de los servicios sanitarios y las relaciones entre las concesionarias de servicios sanitarios y de éstas con el Estado y los usuarios.

[118] Constitución Política de la República de Chile, en https://www.camara.cl/camara/media/docs/constitucion_politica.pdf (consultada el 02 de febrero de 2.017).

aquellos bienes que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deban pertenecer a la nación, verbigracia los recursos naturales (agua, minas), es decir, que en tratándose de este tipo de bienes de alto interés social, las libertades para adquirir el domino queda absolutamente condicionada, en términos del profesor VERGARA, se trata de aquellos llamados bienes publificados - (*publicatio*)[119], por lo cual las técnicas jurídicas administrativas aplicables en estos casos especiales son la concesión y la autorización, en virtud de lograr un equilibrio entre los intereses del Estado y los particulares.

Bajo estos presupuestos, en lo que respecta a la autoridad competente para vigilar y controlar dicho mercado, la precitada ley en el numeral III "*autoridades de aplicación*" define las atribuciones que le corresponde a la Superintendencia de Servicios Sanitarios y al Ministerio de Economía Fomento y Reconstrucción. Sin embargo, de manera adicional el Ministerio de Obras Públicas, y el Ministerio de Salud, poseen atribuciones de orden normativa[120]. Ergo, dicha distribución de funciones vinculadas con la regulación y el control en la prestación del servicio de agua potable, permite validar lo anunciado a propósito de la peculiaridad que comporta el presente modelo.

En suma, resulta de alto interés auscultar cómo opera la función de regulación en Chile, teniendo en cuenta las atractivas divergencias allí presentes con respecto a los otros países analizados, se trata de un modelo en el que las autoridades autónomas independientes, (agencias, comisiones etc. de regulación) no existen en el entramado jurídico e institucional y por el contrario identificamos una distribución en distintos órganos administrativos que desempeñan funciones de control, vigilancia y regulación, lo que permitirá nutrir el inmediato análisis comparado.

[119] (…) El mundo *publicatio* – que corresponde a un sector jurídico en el que se sitúan las cosas y bienes que no son susceptibles de propiedad privada (…) VERGARA BLANCO, Alejandro. *Regulación económica de los servicios públicos.* ARA Editores. Perú. 2.010. Pág. 226.
[120] Ibidem.

2.7 DIVERGENCIAS Y CONVERGENCIAS DE LAS AGENCIAS REGULADORAS EN EL CONTEXTO INTERNACIONAL: UN ANÁLISIS COMPARADO.

Una vez estudiadas las agencias reguladoras en dos continentes y países distintos, se hace vital identificar tal como se plantea en este acápite, las divergencias y convergencias propias de los modelos convocados a esta investigación, de modo que, se logren obtener conclusiones preliminares sobre la forma como se conciben y operan los organismos creados para desempeñar la función de regulación.

Así las cosas, en Francia, España, Estados Unidos y Reino Unido, existen agencias de regulación con alto grado de independencia del poder ejecutivo y legislativo, casos en donde la autonomía y descentralización proveen las herramientas jurídicas para distanciar de los avatares de la política a estos organismos, por el contrario en Chile, no existen las agencias autónomas reguladoras y su función como ya se anotó, se encuentra distribuidas en distintos entes administrativos con una fuerte relación orgánica respecto del poder ejecutivo, lo que deriva en que por ejemplo, elementos esenciales de la regulación tales como la preparación de las fórmulas para definir las tarifas y su fijación jurídica se encuentren cada una en cabeza de dos instituciones diferentes.

En relación al nombramiento de los miembros y directores de las agencias reguladoras en los países analizados, encontramos destacadas divergencias, en Francia por ejemplo, el nombramiento de los miembros está a cargo de diferentes instancias públicas, mientras que en España el Gobierno es quién se ocupa de ésta labor, por su parte en los Estados Unidos los miembros de los consejos que dirigen las agencias de regulación se seleccionan teniendo como referencia la representación de los partidos minoritarios y mayoritarios, asimismo, en Gran Bretaña el nombramiento de los integrantes de los *quangos* está en cabeza de los Ministros, método éste que ha generado serías críticas que sugieren aparentes prácticas de corrupción en el sistema anglosajón, tal como ya se explicó.

Otro factor que permite continuar con la identificación de convergencias de las agencias de regulación, es el vinculado al órgano competente para la creación de dichos entes en cada país estudiado. De esta manera, por ejemplo es posible indicar que en Francia la autoridad competente para crear las agencias reguladoras es el Congreso o adicionalmente por reconocimiento jurisprudencial dada la prevalencia del contencioso administrativo en ese sistema, en España y Estados Unidos se crean de igual forma, mediante una ley que establece sus funciones, por su lado, Gran Bretaña coincide con Francia, España y Estados Unidos respecto de la creación a través de una ley, sin embargo, incorpora dos mecanismo distintivos, el primero, que pueden ser creadas por decisión ministerial y el segundo propio de su régimen, puede un decreto real proceder con la instauración de un órgano de tipo.

Conforme a lo anterior, una vez enunciados algunos elementos esenciales que permiten extraer las advertidas convergencias y divergencias de éstas agencias, resulta interesante continuar analizando otras características, verbigracia, si bien se ha dicho que estos órganos poseen un alto grado de independencia del poder ejecutivo y legislativo, no escapan en todo caso de la interferencia y revisión de los jueces, asimismo, sus funciones se consideran prima facie de orden regulatoria, sin embargo, en algunas ocasiones como en Francia pueden ir mucho más allá y encarnar tareas de control y vigilancia, otra característica particular obedece a que según su naturaleza no pertenecen a ninguna rama clásica del poder y se erigen como una atipicidad en las estructuras estatales, condición que genera permanentes debates a propósito de la constitucionalidad de las mismas.

Por último, en todos los modelos analizados, el órgano competente para crear los entes de regulación es el Congreso o Parlamento según sea el caso, en concreto, se gestan a partir de una Ley mediante la cual se definen sus funciones, organización y naturaleza, es así como bajo éste mismo supuesto aparecen las agencias o comisiones de regulación[121]

[121] Las comisiones de regulación tienen la función de regular los monopolios en la prestación de los servicios públicos, cuando la competencia no sea, de hecho, posible; y, en los demás casos, la de promover la competencia entre quienes presten servicios públicos, para que las operaciones de los monopolistas o delos competidores sean económicamente eficientes, no impliquen abusos de la posición dominante, y produzcan

en Colombia, creadas mediante la ley 142 de 1.994 capitulo III, afirmación sobre la que se discutirá más adelante, en un intento de aportarle la mayor legitimidad posible en tanto en cuanto constitucionalmente se concede al órgano de representación popular dicha responsabilidad.

servicios de calidad. Decreto 1077 de 2.015 "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Vivienda, Ciudad y Territorio".

2.8 CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO

Del análisis realizado en el presente capítulo puede identificarse que, la función de regulación de los servicios públicos se hace indispensable para garantizar por parte de Estado sendas conquistas sociales tales como el acceso universal y de calidad a los mismos[122]. En consecuencia, dicha función coadyuva en una sociedad a mantener el orden, la equidad, y la cohesión.

Es así como, a pesar de la implementación de nuevos modelos dirigidos a reducir el tamaño del Estado, respecto de los SP se evidencia una especial reserva de la administración que le permite estar presente en la actividad económica mediante la cual se proveen los mismos. Sustentado en la función de regulación, aparece el Estado como un árbitro entre los actores involucrados en la prestación y los usuarios, con el objetivo de evitar los monopolios, abusos derivados de posiciones dominantes, etc. En suma, el menoscabo del interés general.

En línea con lo anterior, esta función requiere de una adaptación institucional que abone el terreno para rebelar sus bondades, por lo cual, se constituyen las llamadas AAI o lo que reconoce el profesor RAMÓN PARADA, como "*administraciones independientes*"[123],

[122] (…) Con el objetivo de racionalizar la economía y con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa, un ambiente sano, la prestación de los servicios públicos, si se encuentra en manos de particulares, debe ser regulada, vigilada y controlada por el Estado (…) YOUNES MORENO. Diego. *Curso de Derecho Administrativo, novena edición actualizada*. TEMIS. Pág. 277.

[123] (…) Especial relieve han alcanzado recientemente las llamadas administraciones independientes que, a diferencia de todas las anteriores, disfrutan de un cierto grado de autonomía caracterizado, sobre todo por la imposibilidad para el ente territorial matriz de destituir libremente a los titulares de sus órganos directivos durante un determinado plazo. Estas administraciones, dirigidas por órganos colegiados, tienen atribuidas funciones de control de sectores económicos (energía, telecomunicaciones, mercado de valores, etc.), de aquí la usual denominación de entes reguladores, o bien gestionan servicios relacionados con los derechos fundamentales como la radio y televisión, la protección de datos, la libertad de enseñanza y de cátedra, etc. Caso extremo es el de las universidades, en que la administración territorial de que dependen, Estado o comunidad autónoma, se limita a financiar su actividad, pero ni puede nombrar ni destituir a los titulares de sus órganos de gobierno, pues se eligen directamente por los miembros de la corporación universitaria (profesores, alumnos, personal de administración y servicios). PARADA. Ramón. *Conceptos y fuentes del Derecho Administrativo*. Segunda edición. Marcel Pons. 2.012. Pág. 11.

dotada de múltiples denominaciones dependiendo del país donde se hayan creado e incorporado en su estructura institucional. En Gran Bretaña, por ejemplo, se conocen como QUANGOS, en los Estados Unidos encontramos Las *independent regulatory,* en España, Francia y Colombia se reconocen con el nombre de comisiones u agencias de regulación. Sin embargo, en Chile esta función no se encuentra en cabeza de órganos especializados y contrario sensu, la actividad regulatoria está disgregada en diferentes órganos de la administración, siendo un caso de alta peculiaridad en tanto no corresponde a la tradición que distingue el asunto.

Es así como en medio de palpables convergencias y divergencias presentes en los distintos países donde se ha optado por implementar dicha función y consolidado en su estructura institucional el esquema de AAI dedicadas a la regulación de los SP, se destaca la indispensable responsabilidad de intervención que le compete al Estado. De modo que, mediante esta función administrativa, se brinde plenas garantías a la dignidad humana de los ciudadanos.

3. CAPÍTULO III.

BASES CONSTITUCIONALES DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

"*La decisiva influencia de la Constitución no supone una amenaza a la identidad propia del Derecho Administrativo; una disolución o pérdida de sus contornos, sino que contribuye a construir la teoría general, o el sistema científico, en el que éste se asienta*"

Eberhard Schmidt – Assmann.

Para entrar a abordar el marco jurídico del servicio público domiciliario de acueducto en Colombia, es preciso realizar una ubicación cronológica en el antes y el después de la Constitución Política de 1.991, esto es, centrarse en las condiciones económicas, políticas y sociales en que se encontraba el Estado colombiano las cuales permitieron la materialización de la Constituyente.

Colombia para la década de los 80´s se hallaba bajo el régimen autoritario y represivo propio de la Constitución Política de 1.886, vigente por más de 105 años y objeto de 67 reformas[124], cuyos postulados se cimentaban en la relación de la Iglesia Católica con el Estado[125], el presidente se promovía como el funcionario que ostentaba un poder generalizado, considerado el eje de toda la actividad estatal, en el cual se centraban no solo funciones administrativas, sino legislativas y judiciales, a pesar de que para la época, en el país existía la división tripartita del poder público de Montesquieu[126].

---

[124] QUINCHE RAMÍREZ, Manuel. *Derecho Constitucional Colombiano*. Sexta Edición. Editorial TEMIS. Bogotá D.C. 2.015. Pág. 8.

[125] En la Constitución Política de Colombia de 1886, es clara la relación entre la Iglesia y el Estado, reconociéndose la Religión Católica, Apostólica, Romana, como un derecho civil- (Artículo 38), imponiendo a los Poderes públicos la obligación de protegerla y de hacer que fuese respetada como esencial elemento del orden social. La Constitución dedicó todo un Título (IV) a las relaciones entre la Iglesia y el Estado.

[126] *"He aquí, pues, la constitución fundamental del gobierno al que nos referimos: el cuerpo legislativo está compuesto de dos partes, cada una de las cuales tendrá sujeta a la otra por su mutua facultad de impedir, y ambas estarán frenadas por el poder ejecutivo que lo estará a su vez por el legislativo. Los tres poderes permanecerían así en reposo o inacción, pero, como por el movimiento necesario de las cosas están obligados a moverse, se verán forzados a hacerlo de común acuerdo".* DE SECONDAT, Charles Louis. *De*

Entonces, el establecimiento de este fuerte poder presidencial fue el resultado de los rasgos puntuales de la Constitución de 1.886 y, en general, del constitucionalismo colombiano, esto es, el centralismo y la formulación del Estado Unitario, antípoda del Estado Federal, situación que contrastaba con la debilidad de los poderes otorgados a las autoridades locales[127].

Ya para la década de los 90´s Colombia afrontó su más oscura época por los altos niveles de pobreza que padecía la sociedad, los estragos del Frente Nacional[128], la violencia política, partidista, oficial y militar, así como la violencia de la delincuencia común, de la guerrilla, de los paramilitares y de los narcotraficantes, quienes utilizaban el terrorismo para infundir temor e intervenir en la vida política. Uno de los ataques más ofensivos de estos grupos al margen de la ley, fue el asesinato del candidato presidencial Luis Carlos Galán Sarmiento, perpetrado un 18 de agosto de 1.989, quien se perfilaba como el más opcionado para ganar las elecciones presidenciales que se avecinaban[129].

L'esprit des Lois. Libro XI Capítulo VI.1747, en http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/la-divisi%C3%B3n-de-poderes-en-las-transformaciones-del-estado-de-derecho-i BERNING PRIETO, Antonio David. Personal investigador en formación (FPU-MECD) en el área de Derecho Administrativo de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla. Derecho Administrativo. (consultada el 10 de marzo de 2.017)

[127] QUINCHE, op. Cit. Pág. 11.

[128] El Frente Nacional fue una coalición política concretada en 1958 entre el Partido Liberal y el Partido Conservador de la República de Colombia. A manera de respuesta frente a la llegada de la dictadura militar en 1953, su consolidación en el poder entre 1954 y 1956, y luego de una década de grandes índices de violencia y enfrentamientos políticos radicales, los representantes de ambos partidos, Alberto Lleras Camargo (Partido Liberal) y Laureano Gómez Castro (Partido Conservador), se reunieron para discutir la necesidad de un pacto entre ambos partidos para restaurar la presencia en el poder del Bipartidismo. El 24 de julio de 1956, los líderes firmaron el Pacto de Benidorm, en tierras españolas, en donde se estableció como sistema de gobierno que, durante los siguientes 16 años, el poder presidencial se alternaría, cada cuatro años, entre un representante liberal y uno conservador. El acuerdo comenzó a ser aplicado en 1958, luego de la caída de la dictadura de Gustavo Rojas Pinilla, la transición política efectuada por una Junta Militar, y con la elección de Alberto Lleras Camargo, y llegó a su fin el 7 de agosto de 1974, en el momento en que termina el mandato del político conservador Misael Pastrana Borrero. Biblioteca virtual Luis Angela Arango, Banco de la República, en: http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/ayudadetareas/politica/el_frente nacional (consultada el 15 de marzo de 2.017).

[129] BUENAHORA, Jaime. *El proceso constituyente. De la propuesta estudiantil a la quiebra del bipartidismo.* Cámara de Representantes. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá D.C. 1.991. Citado por QUINCHE RAMÍREZ, Manuel. Derecho Constitucional Colombiano. Sexta Edición. Editorial TEMIS. Bogotá D.C. 2.015. Pág. 18- 24.

Una semana después de este magnicidio, se realizó la llamada "marcha del silencio", que se puede considerar un hito de la historia constitucional colombiana, realizada en Bogotá el 25 de agosto, liderada por numerosos estudiantes de diferentes universidades, quienes en el seno de esa silenciosa protesta acordaron lograr incluir una "séptima papeleta" en las elecciones de corporaciones públicas que se realizarían el 11 de marzo de 1.990, el propósito de la papeleta era consultar al pueblo, con un séptimo voto, acerca de la eventual convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente[130], que como resultado mostró el apoyo de los colombianos a la iniciativa.

Posteriormente con el Decreto Legislativo 927 de 1.990[131], expedido por el presidente Virgilio Barco en estado de sitio[132], se le otorgó fundamento a la constituyente, toda vez que facultó a la Registraduría Nacional del Estado Civil (organización electoral) a proceder para adoptar las medidas conducentes a contabilizar los votos producidos en las elecciones presidenciales citadas para el 27 de mayo en favor de la convocación de una Asamblea Constitucional, y para tal fin, la Tarjeta Electoral tuvo el siguiente texto:

> *"Para fortalecer la democracia participativa, vota por la convocatoria de una Asamblea Constitucional con representación de las fuerzas sociales, políticas y regionales de la Nación, integrada democrática y popularmente para reformar la Constitución Política de Colombia.*

[130] Ibíd. Pág. 18- 24.

[131] El Decreto Legislativo 927 del 03 de mayo de 1.990, fue declarado constitucional por la honorable Corte Suprema de Justicia, el 24 de mayo de 1990, en cumplimiento al control Automático de Constitucionalidad que debía ejercer el alto Tribunal, en el cual reconoció que la decisión del pueblo no sólo confiere un mandato político, sino que abre "la posibilidad de integrar una Asamblea Constitucional para reformar la Carta Política".

[132] Estado de Sitio que había sido declarado en el Decreto número 1038 de 1.984, debido a la situación de permanente de perturbación del orden público en todo el territorio nacional.
Constitución Política de 1.886. Artículo 121. En los casos de guerra exterior, o de conmoción interior, podrá el presidente, previa audiencia del Consejo de Estado y con la firma de todos los ministros, declarar turbado el orden público y en estado de sitio toda la República o parte de ella. Mediante tal declaración quedará el presidente investido de las facultades que le confieran las leyes, y, en su defecto, de las que le da el Derecho de gentes, para defender los derechos de la Nación o reprimir el alzamiento. Las medidas extraordinarias o decretos de carácter provisional legislativo que, dentro de dichos límites, dicte el presidente, serán obligatorios siempre que lleven la firma de todos los ministros. El Gobierno declarará restablecido el orden público luego que haya cesado la perturbación o el peligro exterior; y pasará al Congreso una exposición motivada de sus providencias. Serán responsables cualesquiera autoridades por los abusos que hubieren cometido en el ejercicio de facultades extraordinarias.

SI NO"

La contabilización de los votos demostró que una amplia mayoría de votantes, superior al 88%, sufragó afirmativamente, esto reveló que la Nación, manifestó en ejercicio de la función constitucional del sufragio, su voluntad de que fuese convocada una Asamblea Constitucional con representación de las fuerzas sociales, políticas y regionales de la Nación, integrada democrática y popularmente para reformar la Constitución Política vigente con el fin de fortalecer la democracia participativa[133], ganando las elecciones presidenciales Cesar Gaviria Trujillo[134], Jefe de Debate de Galán Sarmiento, postulado por el liberalismo como candidato con ocasión de su asesinato.

Luego por medio del Decreto número 1926 de 1.990 se determinó que el 9 de diciembre del mismo año los ciudadanos acudirían a las urnas por tercera vez para decidir la convocación de la Asamblea, la elección de sus miembros, la definición de sus elementos constitutivos y el temario que implicaba el límite de su competencia, y conminó a la Organización Electoral a proceder para adoptar todas las medidas conducentes a contabilizar los votos que se emitirían.

La papeleta que contabilizó la Organización Electoral contenía un voto afirmativo y un voto negativo[135]:

El texto del voto afirmativo fue:

> *"Sí convoco una Asamblea Constitucional que sesionará entre el 5 de febrero y el 4 de julio de 1991, la cual estará regulada por lo establecido en el Acuerdo Político sobre la Asamblea Constitucional incorporado al Decreto 1926 de agosto 24 de 1990. Su competencia estará limitada a lo previsto en dicho acuerdo. Voto por la siguiente lista de candidatos para integrar la Asamblea Constitucional...".*

[133] Decreto número 1926 del 24 de agosto de 1.990. "Por el cual se dictan medidas tendientes al restablecimiento del orden público".
[134] Cesar Gaviria Trujillo fue presidente de Colombia de 1.990 a 1.994.
[135] Decreto número 1926 del 24 de agosto de 1.990, Op. Cit.

El texto del voto negativo fue:

> *"No convoco para el 5 de febrero de 1991 una Asamblea Constitucional regulada por lo establecido en el Acuerdo Político sobre la Asamblea Constitucional incorporado al Decreto 1926 de agosto 24 de 1990".*

Por voto popular se escogieron los 70 miembros de La Constituyente[136], quienes debieron ocuparse de superar la situación de permanente perturbación del orden público, pues era urgente tomar medidas para el fortalecimiento institucional, que se materializaba solo en una nueva Constitución, debido a que *"el reformismo constitucional opera como una eficaz estrategia de auto legitimación mediante la cual los sectores dominantes crean un consenso y logran prevenir un cambio"*[137].

Para ese momento, los constituyentes debieron afrontar la crisis social que estaba agudizaba también por la problemática en materia de servicios públicos, ya que la población se encontraba inconforme con la ausencia, prestación deficiente y de mala calidad de los mismos. Razón por la cual, tanto los servicios públicos, como su especie -los servicios públicos domiciliarios-, constituyeron dos temas de especial importancia en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente, se presentaron muchas propuestas sobre el tema, por cuanto constituía un imperativo para los miembros sentar unos sólidos fundamentos constitucionales que cimentaran la solución de la grave problemática que vivía el país en esta materia.

Fue la Comisión Quinta de la Asamblea la encargada de estudiar las 36 ponencias que sobre servicios públicos se examinaron, siendo uno de los temas más estudiados, debido a la gran importancia económica y social que estos representan para el desarrollo de un país. La propuesta fue presentada como un modelo sencillo *"pero completo de principios,*

[136] El periodo de sesión de la asamblea fue del 5 de febrero al 4 de julio de 1.991.
[137] VALENCIA VILLA, Hernando. *Cartas de Batalla. Una crítica del constitucionalismo colombiano.* En: Derecho Constitucional Colombiano. Sexta edición. Editorial TEMIS. Bogotá D.C. 2.015. Pág. 12.

derechos y deberes que debían observar el Estado, las empresas gestoras y los usuarios en relación con la prestación de los diferentes servicios públicos"[138].

Por lo anterior, los constituyentes decidieron dedicar todo un apartado en la Carta Política exclusivo a los servicios públicos[139] en donde se relacionaron con la economía del Estado, razón por la cual las normas constitucionales respectivas se ubicaron en el título dedicado al Régimen Económico y de Hacienda Pública, propuesta ésta de los miembros de la Asamblea Nacional Carlos Lemos Simmonds, Carlos Ossa Escobar, Rafael Ignacio Molina, Antonio Yepes Parra, Rodrigo Lloreda Caicedo y Oscar Hoyos Naranjo[140].

Al instituirse la regulación de los SP en un apartado especial, se pretendió que los derechos allí consagrados no fueran letra muerta, sino elevarlos a derechos inalienables, imprescriptibles, indelegables del conjunto de la población en ejercicio de su soberanía[141], lo cual introdujo un cambio sustancial en esta materia, pues se dejó atrás la noción de servicio público que lo asimilaba a una proyección de función pública, optándose por un nuevo modelo basado en la competencia libre pero intervenida por el Estado[142].

Precisamente en el seno de la Asamblea se reconocieron 3 hechos innegables respecto de los de los servicios públicos y que se convirtieron en la base argumentativa de su

---

[138] GACETA CONSTITUCIONAL, No. 53. 18 de abril de 1.991. Pág. 5. Citado por AMADOR CABRA, Luis Eduardo. Los Servicios Públicos frente a las Reformas Económicas en Colombia. Editorial Universidad Externado de Colombia. Primera edición. Bogotá. 2011. Pág. 78 y 79.

[139] CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Capítulo 5, Título XII "DE LA FINALIDAD SOCIAL DEL ESTADO Y DE LOS SERVICIOS PUBLICOS". 1.991.

[140] ARAÚJO OÑATE, Rocío. *Antecedentes y marco constitucional de la función legislativa, reglamentaria y regulatoria de los servicios públicos domiciliarios en Colombia.* Citado por el Editor RESTREPO MEDINA, Manuel. El derecho administrativo en los albores del siglo XXI. Facultad de Jurisprudencia. Editorial Universidad del Rosario. Bogotá. 2.007. (Colección textos de jurisprudencia). Pág. 149

[141] GACETA CONSTITUCIONAL, No. 53. Op. Cit. Citado por AMADOR CABRA, Luis Eduardo. Los Servicios Públicos frente a las Reformas Económicas en Colombia. Editorial Universidad Externado de Colombia. Primera edición. Bogotá. 2.011. Pág. 80

[142] SÁNCHEZ LUQUE, Guillermo. *Del carácter singular del Derecho de la Competencia en los Servicios Públicos Domiciliarios.* Citando a Revista Contexto No. 13. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2002. Pág. 22. Citado por AMADOR CABRA, Luis Eduardo. Los Servicios Públicos frente a las Reformas Económicas en Colombia. Primera edición. Editorial Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2.011. Pág. 82, 83

inclusión constitucional: *"primero, que la calidad de vida y los niveles de salud dependen, en alto grado, del acceso que las personas tengan a los mismos. Segundo, que para mejorar la productividad y, por lo tanto, la remuneración de los trabajadores y empresarios colombianos y su posibilidad de competir en el mundo de la apertura, es indispensable que tengan servicios adecuados producidos en forma eficiente. Y tercero, que, por las razones anteriores, el Estado colombiano dedica la mayor parte de su presupuesto de inversión y de los recursos de crédito que obtiene, a proyectos destinados a los servicios públicos, en el en campo de agua potable, del saneamiento ambiental, de la generación y distribución de energía y de telecomunicaciones"*[143].

Finalmente, se promulgó la Constitución de 1.991[144] que dentro de su artículo 1 transforma la concepción estatal, que pasa de un Estado de Derecho a un Estado Social de Derecho, sus postulados revelan que el Estado *"no solamente debe ´cumplir´ con ciertas funciones, sino también ´producir´ unos efectos dentro de la comunidad, desde el punto de vista de las necesidades, inquietudes y situaciones concretas, en las que ésta pueda encontrarse en un momento histórico determinado"*[145], resultando esencial la prestación de los servicios públicos en esta nueva concepción como se puntualizará seguidamente.

Así las cosas, sobre el concepto de Estado Social de Derecho resulta pertinente resaltar que, para doctrinantes como JAIME VIDAL PERDOMO, este se introdujo por primera vez en Colombia en la Reforma Constitucional de 1.936[146], tanto es así que el artículo 2 de la

[143] Exposición de motivos. Proyecto de Ley radicado ante el Congreso de la República, el cual más tarde se expidió la Ley 142 de 1.994. 21 de octubre de 1992. Santa fe de Bogotá, D. C.

[144] Considerada la más legítima de todas las constituciones de la historia de Colombia, entre otras cosas, porque sus miembros fueron elegidos por voto popular, y la representación estaba dada a los estudiantes, líderes sociales, políticos, miembros de comunidades religiosas, sindicalistas, intelectuales, desmovilizados, indígenas, afrocolombianos, etc.; además, porque dentro de sus principios se propende por la Paz y la democracia, se amplían los derechos individuales y se insertan los derechos socioeconómicos, con acciones judiciales para lograr su garantía.

[145] HERNÁNDEZ GALINDO, José Gregorio. *Los servicios públicos en la Constitución Política*. Citado por el Compilador VELILLA, Marco Antonio. Los servicios públicos como instrumento de solidaridad y cohesión social del Estado. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez C. Ltda. Bogotá. 2.005. Pág. 60

[146] Según Jaime Vidal Perdomo, desde el punto de vista de la historia constitucional, conceptos nuevos como los de función social, la propiedad, y la intervención del Estado en la economía, que introdujo la Reforma

actual Constitución -rescatado del artículo 12 de dicha reforma- no tuvo grandes modificaciones y se adoptó casi que literalmente solo con una ligera corrección de redacción. Para Vidal, el inciso segundo del artículo 2 de la Carta del 91 y que reza: *"Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares"*, contiene la noción social por cuanto incluyó deberes sociales del Estado y de los particulares. Ahí se insertó la noción de función social de los derechos, que es evidentemente la que transforma la concepción anterior individualista y liberal en la de Estado Social de Derecho[147]. Bajo este argumento, es plausible entonces afirmar que a tal evidencia se le debe el hecho que durante las sesiones de la Asambleas no se presentaran discusiones ni enfrentamientos en torno al reconocimiento de Colombia como un Estado Social y Democrático de Derecho, que encumbró el Constituyente de 1.991.

En la reseña del concepto de Estado Social de Derecho, la Corte Constitucional en Sentencia C- 042 de 2.003[148] dejó en claro que el mismo comporta el cumplimiento de ciertos fines en cabeza de la organización estatal orientados a servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta Política. Tales propósitos conllevan a que las actuaciones del Estado deben estar dirigidas a cubrir necesidades básicas insatisfechas y a garantizar las mínimas condiciones para que la existencia del hombre sea acorde con su dignidad humana.

Constitucional de 1.936, dividieron el País en aquel momento debido al gran cambio ideológico- político que esta implicó, creándose una gran polémica entre los partidos y en la sociedad por estas nuevas concepciones que fueron redactadas y llevas al Congreso por el jurista Darío Echandía.

[147] VIDAL PERDOMO, Jaime. *El renacer de la noción de servicio público.* Citado por el Compilador VELILLA, Marco Antonio. Los servicios públicos como instrumento de solidaridad y cohesión social del Estado. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez C. Ltda. Bogotá. 2005. Pág. 84

[148] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 042 de 2.003. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño. Bogotá D.C. 2.003.

De igual manera, en Sentencia C-172 de 2.014[149] aún más reciente, la Corte insiste acerca de lo que significó en su momento la adopción del modelo de Estado Social de Derecho, reiterando que representó una profunda revisión axiológica que simultáneamente se tradujo en una nueva configuración institucional en asuntos particularmente sensibles como el de los servicios públicos, que la doctrina ha considerado incluso como uno de los asuntos con "tanta o más importancia que muchos de los temas clásicos del derecho constitucional", debido entre otras cosas, a su notable incidencia en la calidad de vida y la dignidad de las personas, así como el importante rol que cumplen en el desarrollo económico de la sociedad, como ya se había precisado.

A este punto de la investigación, habiendo tocado el concepto de servicio público, resulta necesario entrar a definirlo, razón por la cual se aprehende la noción de ROBERTO DROMI, quien considera que *"cuando hablamos de servicio público nos referimos a la prestación esencial que cubre necesidades públicas o de interés comunitario, que explicita las funciones- fines del Estado, de ejecución per se o que por terceros, mediando concesión, licencia, permiso, autorización o habilitación, pero siempre bajo fiscalización estatal. Es decir, puede tratarse de la provisión de agua, luz, gas, teléfonos, como de la prestación de servicios de educación, salud, transporte, seguridad"*[150]. Así pues, con base en la noción expuesta por el profesor DROMI, se puede afirmar que los servicios públicos se consagran como *"inherentes a la finalidad social del Estado"* lo cual obliga a que existan unos SP eficientes, oportunos, prestados a toda la colectividad, de manera cierta, y que puedan ser reclamados, obtenidos y disfrutados de conformidad con los parámetros que la Carta Política señala.

De esta manera, el artículo 365, norma que crea el marco constitucional de los servicios públicos en Colombia. *"De ahí que sea un deber del Estado hacer esfuerzos, no solamente para que los servicios públicos se extiendan, sino para asegurar una prestación eficiente en pro del bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida*

[149] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-172 de 2.014. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio. Bogotá D.C. 2.014.
[150] DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo.* Décima edición. Editorial de ciencia y cultura. Buenos Aires-Madrid. 2.004. Pág. 823

de todos los habitantes del territorio nacional, a lo que se refiere el artículo 366"[151], por cuanto su prestación se encuentra en la esfera de lo público.

Entonces, mientras el artículo 365 constitucional se refiere a los servicios públicos como el género, el artículo 367 ya considera una de sus especies, los servicios públicos domiciliarios. Precepto que establece una función para el legislador en esta materia, la cual consiste en fijar las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios (su cobertura, calidad, financiación y régimen tarifario, que tendrán en cuenta los criterios de costos, solidaridad y redistribución de ingresos).

Respecto del concepto de Servicios Públicos Domiciliarios en la Sentencia C- 493 de 1.997[152], el alto Tribunal reconoce que son una especie del género de servicios públicos y se caracterizan en líneas generales, por llegar al usuario mediante un sistema de redes físicas o humanas con puntos terminales en las viviendas y sitios de trabajo, y por cumplir la finalidad específica de satisfacer las necesidades esenciales de las personas.

En el mismo sentido, para CARLOS ALBERTO ATEHORTÚA RÍOS[153], el concepto de "Servicio Público Domiciliario" hace referencia a los servicios públicos que llegan hasta el domicilio, se prestan mediante el uso de redes físicas o humanas y son esenciales; se trata de servicios que se asocian a los domicilios y no a las personas. Para el doctrinante la clasificación de domiciliario que se da a un servicio público deriva de la concurrencia de tres elementos a saber:

---

[151] HERNÁNDEZ, op. Cit. Citado por el Compilador VELILLA, Marco Antonio. Los servicios públicos como instrumento de solidaridad y cohesión social del Estado. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez C. Ltda. Bogotá. 2.005. Pág. 63

[152] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 493 de 1.997. Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz. Santafé de Bogotá, D.C. 1.997.

[153] ATEHORTÚA RÍOS, Carlos Alberto. *Régimen de los Servicios Públicos Domiciliarios, en el contexto de la doctrina constitucional.* Editorial Biblioteca Jurídica Diké. Medellín- Colombia. 2008. Pág. 33 y 70.

1. *Que el servicio se reciba en el domicilio (puede ser el lugar donde se habita o se trabaja, es decir, en términos más genéricos y amplios, el lugar donde las personas pueden ser localizadas)*
2. *Que se presten mediante la utilización de un red, física o humana.*
3. *Que a través de los servicios que se prestan se satisfagan necesidades esenciales de los usuarios que merecen tener una especial protección por parte del Estado.*

Por otro lado, explica que la determinación de una actividad como servicio público domiciliario produce efectos jurídicos, en algunos casos de orden constitucional y compartido con otros servicios. Los efectos más importantes son:

1. *Ser inherentes a la función social del Estado que debe garantizar suficiente prestación en la totalidad del territorio.*
2. *En condiciones especiales de soberanía o de interés social, el Estado puede reservar su prestación.*
3. *Estar sometido el rimen especial que determine la ley, en especial en lo relativo a fijación de competencias y responsabilidades, cobertura, calidad, financiación y régimen tarifario.*
4. *Las tarifas no pueden reducirse al simple precio económico, esto es, a los costos más una utilidad razonable, ya que además deben incluir un factor de solidaridad y redistribución de ingresos.*
5. *Pueden ser prestados por el Estado en gestión directa o indirecta y también, por las comunidades organizadas por los particulares.*
6. *La regulación, el control y la vigilancia están a cargo del Estado.*
7. *Pueden ser prestados por los municipios cuando las características técnicas y económicas del servicio y las conveniencias generales lo permitan y aconsejen.*
8. *Pueden ser objeto de subsidios originados en cursos del presupuesto de la Nación, de las entidades territoriales y de las entidades descentralizadas.*
9. *Los usuarios tienen una protección especial.*
10. *El control a la gestión empresarial y la protección de los usuarios se le han asignado constitucionalmente a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.*

A partir de este momento y habiendo ilustrado de manera clara que la prestación de los Servicios Públicos Domiciliarios (artículo 365 C.P.) hace parte de las finalidades sociales del Estado, así como del bienestar general y mejoramiento de la calidad de vida de la población (artículo 366 C.P.), es preciso desarrollar otros conceptos y enunciaciones incorporados a nuestro régimen jurídico a través de los artículos 333, 334, 365, 366, 367, 368, 369 y 370 de los Capítulo 1 y 5 del Título XII, de la Constitución Política.

En este orden de ideas, como primera medida se abordará el modelo de mercado instituido por la C.P. en el artículo 333 al siguiente tenor: "*la actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley*, *la libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades* (…) *el Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación",* con lo cual se define lo esencial del modelo de mercado en Colombia adoptado a partir de esta nueva la Constitución y las Leyes, modelo que promueve la liberación de las actividades cuando aquellas se encuentren en competencia y en tratándose de la existencia de monopolios, la regulación aparece como la herramienta que según su intensidad, permita el adecuado funcionamiento de la economía y por supuesto de la prestación de los SP.

En consecuencia, con fundamento en el artículo 334 constitucional, se dota al Estado de las facultades de dirigir la economía y de intervenir 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"* (…) con el ánimo de alcanzar los objetivos del Estado Social de Derecho.

Por otro lado, en lo relativo a la prestación de los SPD por parte de los particulares, el constituyente de 1.991 en su artículo 365**,** permitió que estos pudieran ser prestados por

comunidades organizadas, así como por el Estado mismo directa o indirectamente, en iguales condiciones de competencia. En aras de proteger a los terceros que presten servicios públicos, se instaura la indemnización previa y plena a cargo del Estado, en favor de quienes llegasen a quedar privados del ejercicio de las prestaciones que ya vengan desplegando, si este legalmente decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, en perjuicio de dichos terceros, solo será por razones de soberanía o de interés social, tal como lo instituye la misma C.P.

Al respecto, el Consejo de Estado en innumerables Sentencias ha planteado que el Estado se convierte en un regulador y garante de la prestación adecuada y de los altos índices de calidad de los servicios públicos, cuando deja de ser el titular de las actividades propias de su prestación. Además, el panorama cambia, si el Estado quiere ser gestor, pues debe hacerlo en igualdad de condiciones y en un régimen de libre competencia.

Para ATEHORTÚA RÍOS sobre el particular, *"diferentes razones han motivado la transformación del modelo de prestación de los SPD, pero ellas podrían reducirse a dos; la primera es la transformación mundial que han experimentado los mercados de bienes y servicios, con la liberalización, la apertura, la internacionalización y la globalización, lo que ha permitido que los capitales trasnacionales incursionen en los países en desarrollo con el fin de explotar actividades que antes constituían monopolios estatales; la segunda razón está asociada a la crisis que ha experimentado la prestación de servicios públicos por parte del Estado, derivada de la captura de los mismos por sectores burocráticos poco interesados en su eficiencia y competitividad"*[154].

Esta tesis permite reflexionar acerca de la deficiente prestación de los SPD que atravesaba el país para la década de los 90´s y que se convirtió en uno de los fundamentos para que el Constituyente permitiera que la prestación estuviese en cabeza del Estado, de las comunidades organizadas y de los particulares, de esta manera se eliminaría el monopolio que genera abusos por la posición dominante, sobre todo en

[154] Ibid. Págs. 33 y 34.

materia de tarifas, debido a que elimina la posibilidad que los usuarios escojan el prestador y mina el principio de la libre competencia.

Ahora bien, la participación de los particulares en la prestación de los servicios públicos domiciliarios enmarcada dentro del criterio social, se convirtió en necesaria precisamente a partir de la actual Carta Política, pero realizando su actividad dentro de un criterio de control, tanto en la eficiencia, por una parte, como en el logro de las finalidades específicas de cada servicio público por la otra, todo esto porque la función del Estado no puede concentrarse ni monopolizarse[155], en tanto la monopolización en favor del Estado, le concedería unas ventajas debido a la posición dominante en regulación de precios, escenario que iría en contra de la libre competencia en el sector, lesionándose el interés general como ya se indicó. Sin embargo, para el doctrinante EDUARDO SARMIENTO PALACIO, el monopolio público no es tan malo, ya que es un poder del Estado que se les puede trasladar a los consumidores, y la privatización es precisamente el traslado de un monopolio público al sector privado[156], de tal suerte que los monopolios privados en la prestación de servicios públicos, cuando la competencia no es posible, son permitidos y regulados por el Estado con el fin de lograr por un lado, que se produzcan servicios de calidad y por el otro, prevenir el abuso de posiciones dominantes, a los cuales se les conoce como monopolios naturales. Respecto de lo aquí planteado, el Consejo de Estado señala:

> *El régimen jurídico al que se encuentran sometidos los servicios públicos domiciliarios en Colombia es especial, porque, aunque la regla general es la aplicación de las normas del derecho privado en aspectos tan importantes como las relaciones jurídico —laborales, la contratación y los actos de las empresas, las características señaladas justifican que el legislador imponga para determinadas actuaciones deberes que se desprenden del derecho público. Así, no es extraño al modelo que, con independencia de la naturaleza jurídica del operador, en determinados aspectos se deban adelantar verdaderos procedimientos*

[155] HERNÁNDEZ, Op. Cit. Citado por el Compilador VELILLA, Marco Antonio. Los servicios públicos como instrumento de solidaridad y cohesión social del Estado. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez C. Ltda. Bogotá. 2.005. Pág. 69

[156] SARMIENTO PALACIO, Eduardo. *Privatizaciones, monopolio, y regulación en las Empresas de Servicios Públicos.* Citado por el Compilador VELILLA, Marco Antonio. Los servicios públicos como instrumento de solidaridad y cohesión social del Estado. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez C. Ltda. Bogotá. 2.005. Pág. 231

administrativos y a las decisiones tomadas dentro de los mismos se les de la naturaleza de actos administrativos. En este contexto, las empresas prestadoras de servicios públicos realizan una verdadera función administrativa y ello trae como consecuencia la aplicación de normas de derecho público. Es el caso de los actos de facturación, los cuales al tenor de lo dispuesto por el artículo 154 tienen el carácter de actos administrativos contra los cuales proceden los recursos de reposición y apelación[157].

Referente a la competencia y participación del Estado en el sector privado, esto es, en actividades industriales y comerciales en igualdad de condiciones que los particulares, según Concepto 220-15215 de la Superintendencia de Sociedades, data desde mucho antes del 91, al exponer que: *"…el Estado colombiano desde el año de 1.931 (fundación de la Caja Agraria), 1.932 (establecimiento del Banco Central Hipotecario), 1.940 (creación del Instituto de Fomento Industrial) y desde el año de 1.971 ha participado en sociedades de economía mixta, ha venido interviniendo en el sector financiero, industrial y societario del país"*[158]. Lo que significa que desde entonces el Estado colombiano participa como socio en sociedades de economía mixta, en las cuales el capital que las conforma es una parte del sector privado y otra del sector público, en donde este último puede hacer los aportes de la Nación, de las Entidades Territoriales o de sus órganos descentralizados.

Pero para poder garantizar la competencia entre iguales, fue necesario la estipulación legal que pusiera de presente que, si el Estado actúa en actividades industriales y comerciales asociado con particulares, deberá someterse a las reglas del derecho privado y a la jurisdicción ordinaria, sobre el tema, el artículo 461 de Código de Comercio[159], define este tipo de sociedades, en los siguientes términos:

---

[157] CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO-SECCIÓN TERCERA-SUBSECCIÓN C. Sentencia. Radicación: 230012331000200300650 02. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. Actores: Vicente Sánchez Mejía y otros. Demandado: Empresa Comercial ELEC. S.A y otros. Referencia: Acción de grupo. Bogotá, D.C., 7 de marzo de 2.011.

[158] ARREDONDO MARTÍNEZ, Margarita Rosa. ÁLVAREZ PULGARÍN, Marta Lucía. RIVERA GIRALDO, Marta Cecilia. *Estado Público y Estado Privado en competencia.* Citado por el Compilador VELILLA, Marco Antonio. Los servicios públicos como instrumento de solidaridad y cohesión social del Estado. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez C. Ltda. Bogotá. 2.005. Págs. 132 y 133

[159] Decreto 410 de 1.971. "Por el cual se expide el Código de Comercio".

ARTÍCULO 461. DEFINICIÓN DE LA SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA. Son de economía mixta las sociedades comerciales que se constituyen con aportes estatales y de capital privado.

Las sociedades de economía mixta se sujetan a las reglas del derecho privado y a la jurisdicción ordinaria, salvo disposición legal en contrario.

La segunda enunciación a desarrollar es la Regulación, control y vigilancia de los SPD en cabeza del Estado, esto es, en la prestación de los Servicios Públicos por parte del Estado, por comunidades organizadas, o por particulares, aparece de la mano la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios que debe mantener el Estado a la luz del ya mencionado artículo 365 constitucional. En relación a la regulación, es precisamente por medio de esta figura que puede intervenir el Estado en la prestación de los servicios públicos tanto en la manera como se prestan como en la superación de las falencias en su calidad, cobertura o eficiencia.

Precisamente en palabras de la Corte Constitucional la regulación de los servicios públicos es una forma de intervención del Estado en la economía, teniendo en cuenta "*su rol en aras de lograr una mejor prestación de los servicios públicos, se orienta a remover los obstáculos indebidos, para corregir los errores de un mercado imperfecto y delimitar el ejercicio de la libertad de empresa, así como para preservar la sana y transparente competencia*"[160].

Así mismo, la regulación permite la eficiencia en la prestación de los servicios públicos cuando son suministrados por monopolios, estableciendo condiciones como si existiera una competencia, para que las empresas produzcan con precios favorables y las tarifas del consumidor sean lo más bajas posibles.

[160] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-172 de 2.014. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio. Bogotá D.C. 2.014.

En Colombia la regulación es realizada por las Comisiones de Regulación (tema desarrollado ampliamente en el siguiente capítulo), las cuales, según JAIME VIDAL PERDOMO, se pueden definir como organismos atípicos dentro de la estructura administrativa colombiana, porque tienen una procedencia del sistema jurídico norteamericano que no opera bajo los mismos principios del colombiano. Estas cumplen funciones especializadas, técnicas y dinámicas, de acuerdo con la realidad del mercado, esto es, a través de ellas el Estado resuelve las fallas del mercado en materia de SPD.

Para el doctor LUIS IGNACIO BETANCUR, las normas de regulación de los servicios públicos domiciliarios si contribuyen en el cumplimiento de los fines esenciales del Estado Social de Derecho, aunque siendo severamente escéptico sobre lo que quiere decir "social". Considera que el Estado ha cumplido al aumentar la cobertura y calidad de los servicios públicos domiciliarios, en general de una manera absolutamente incomparable con lo que ocurría antes de 1.991, esencialmente porque se introdujo un modelo de mercado y se pulverizó la tradición francesa de la escuela de servicio público. Aclara además que prestar los SPD no es una función propia del Estado, pues la prestación la puede hacer el Estado mismo y/o los particulares; en el caso de acueducto, alcantarillado y aseo, también lo podrán prestar las comunidades organizadas. Aclara que, a su juicio, el balance respecto de la prestación de SPD es ampliamente favorable, habiendo trascurrido más de 20 años desde la inserción de las normas constitucionales en materia de servicios públicos[161].

La tercera enunciación es acerca de las Tarifas de los Servicios Públicos Domiciliarios, sobre el particular se tiene que el modelo de prestación de los servicios públicos domiciliarios abandonó el concepto de "servicios públicos gratuitos", incluso desde antes de la Constitución del 91, pues el Decreto 3069 de 1.968[162], ya derogado[163], es un

[161] Experto investigador. Dr. LUIS IGNACIO BETANCURT. [Entrevista personal, marzo 06 de 2.017]

[162] Decreto 3069 del 16 de diciembre 1.968. Diario Oficial No 32.690, del 21 de enero de 1.969. "Por el cual se crea la Junta Nacional de Tarifas de Servicios Públicos, se establecen los criterios básicos para la aprobación de las mismas y se dictan otras disposiciones".

[163] EL Decreto 3069 de 1.968, fue derogado por el Decreto 2167 de 1.992 (su artículo 28 suprimió la Junta Nacional de Tarifas de Servicios Públicos)

ejemplo de ello, toda vez que creó la Junta Nacional de Tarifas de Servicios Públicos[164], cuyas funciones principales eran controlar y fiscalizar las tarifas de los servicios de acueducto, alcantarillado y energía eléctrica. Y posteriormente el artículo 367 de la Carta Política instituyó que es el legislador quien se encargará de fijar las competencias y responsabilidades relativas a las tarifas como pago por la prestación de los servicios públicos, así como establecer las entidades competentes para fijarlas. Esto además porque *"dentro de los deberes de toda persona se encuentra el de contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado y la tarifa que se paga por la prestación de un servicio público domiciliario está vinculada no sólo con el nivel de consumo del usuario, sino con los costos en que incurre la empresa respectiva para poder brindar el bien o servicio en condiciones de competitividad y está determinada por el beneficio que finalmente recibe el usuario"*[165].

Al hablar de tarifas resulta obligado referirse al *principio de solidaridad*[166] que tiene sus bases constitucionales en el artículo 1 de la CP, el cual enfatiza que Colombia es un Estado fundado en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran, así como en la prevalencia del interés general. Esto se traduce a que lo fundamental, en materia de servicios públicos, es lograr ampliar la cobertura, con estándares de calidad y con bajos costos evitando las inequidades, con el propósito de mejorar la calidad de vida de las personas que habitan el territorio colombiano, para lo cual resulta indispensable que se ayude a financiar el pago, que, por concepto de prestación de servicios, deben hacer quienes tienen bajos niveles de ingresos.

---

[164] SÁNCHEZ LUQUE, Guillermo. *La Solidaridad en el modelo tarifario de los Servicios Públicos Domiciliarios.* Citado por el Compilador VELILLA, Marco Antonio. Los servicios públicos como instrumento de solidaridad y cohesión social del Estado. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez C. Ltda. Bogotá. 2005. Págs. 169-168

[165] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-041 de 2.003. Magistrado Ponen te: Jaime Córdoba Triviño. Bogotá. 2.003.

[166] Sobre el principio de solidaridad, "se encuentra su proyección normativa en la Constitución Económica, particularmente en el Capítulo V, del Título XII". SÁNCHEZ LUQUE, Guillermo. *La Solidaridad en el modelo tarifario de los Servicios Públicos.* En: Los Servicios Públicos como Instrumento de Solidaridad y Cohesión Social del Estado. Compilador VELILLA, Marco Antonio. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez C. Ltda. Bogotá. 2.005. Pág. 168

Con el fin de hacer efectivo el principio de solidaridad, el artículo 368 de la Constitución prevé la posibilidad de que la Nación, los departamentos, los distritos, los municipios y las entidades descentralizadas puedan, en sus respectivos presupuestos conceder subsidios para que las personas de menores ingresos puedan pagar tarifas de servicios públicos domiciliarios que cubran sus necesidades básicas. "*Es decir, existe una autorización, por parte de la misma Constitución Política, que tiene que ver con ese ´concepto social´ al que se refiere el artículo 366 que desarrolla postulados del Estado Social de Derecho"*[167]*,* expuesto ampliamente en párrafos anteriores y que muestra un cumplimiento al mandato de igualdad, al permitirse concesiones de subsidios para que las personas de menores ingresos puedan tener acceso a ellos.

A este punto, resulta importante resaltar la apreciación del abogado GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE, quien considera que la Constitución prevé dos vías para cubrir los costos que genera la prestación de los Servicios Públicos Domiciliarios, frente a usuarios que no pueden pagarlos y frente a las amplias capas de la población que ni siquiera tienen acceso a ellos. La primera es vía gasto público, inversión y presupuestos de las autoridades nacionales, departamentales y municipales y la segunda es vía subsidios[168]. Es precisamente esta dualidad que permite la prestación eficiente y ampliación de la cobertura, garantizando el Estado la libre competencia se las empresas prestadoras.

La cuarta enunciación versa sobre el papel de las entidades territoriales en la prestación de los Servicios Públicos Domiciliarios, al respecto, el inciso segundo del artículo 367 de la Carta Superior, señala que 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 solo funciones de apoyo y coordinación.

---

[167] HERNÁNDEZ, op. Cit. Citado por el Compilador VELILLA, Marco Antonio. Los servicios públicos como instrumento de solidaridad y cohesión social del Estado. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez C. Ltda. Bogotá. 2.005. Pág. 69

[168] SÁNCHEZ LUQUE, Guillermo. *La defensa del usuario de los servicios públicos en la Ley 142 de 1.994*. Citado por el Compilador VELILLA, Marco Antonio. Los servicios públicos como instrumento de solidaridad y cohesión social del Estado. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez C. Ltda. Bogotá. 2.005. Pág. 184 y 185.

No obstante, la misma disposición en su encabezamiento dice que la Ley fijará las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos. Con este fundamento la Ley 715 de 2.001[169], establece las competencias de las entidades territoriales y la asignación de recursos, *"aspectos que están acorde con los procesos de autonomía territorial previstas como principios de la organización constitucional"*[170].

A la luz del Artículo 319 de la Carta, las áreas metropolitanas organizadas como entidades administrativas también podrán prestar en común algunos servicios públicos y racionalizar su prestación a cargo de los municipios y distritos que la integran, en aras de coordinar el desarrollo armónico e integrado del territorio colocado bajo su autoridad.

La quinta enunciación es acerca de los deberes y derechos de los usuarios de los Servicios Públicos Domiciliarios, resulta que el Capítulo 5, Título XII de la Constitución no podía quedarse sin establecer garantías para los usuarios de los SPD que les permitirá la protección y defensa de su Dignidad Humana, principio que, en palabras de GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE, encuentra su proyección más nítida en varios de los artículos que hacen parte de este capítulo[171].

Pero el artículo 369**,** entregó al legislador la potestad de determinar 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, base sobre la

[169] Ley 715 del 21 de diciembre de 2.001. "Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2.001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros."

[170] AMADOR, Op. Cit. Págs. 84 y 85.

[171] SÁNCHEZ, op. Cit. Citado por el Compilador VELILLA, Marco Antonio. Los servicios públicos como instrumento de solidaridad y cohesión social del Estado. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez C. Ltda. Bogotá. 2.005. Pág. 183

cual se expidió la Ley 142 de 1.994[172] que contiene preceptos de protección al consumidor, los cuales se abordarán más adelante.

Entonces la existencia de derechos subjetivos de carácter público son los que le imponen al Estado, a través, de sus funcionarios, su tutela y protección, precisamente porque los servicios públicos hacen parte de la soberanía del Estado y por consiguiente el acceso a los mismos y su prestación eficiente son inherentes a su finalidad social como ya se expuso.

Uno de los instrumentos con que cuentan los usuarios para hacer efectivos derechos o realizar reclamaciones ante los entes territoriales, empresas privadas y/o mixtas que presten servicios públicos domiciliarios y las comunidades organizadas, es el derecho de petición por motivos de interés general o particular, consagrado en el Artículo 23 constitucional y desarrollado por la Ley 1755 de 2.015[173].

También a manera de protección del usuario, atendiendo al Artículo 86 de la Carta, los ciudadanos pueden hacer uso de la Acción de Tutela[174] contra las entidades territoriales, así como contra particulares encargados de la prestación de un Servicio Público Domiciliario para lograr que estos le sean prestados. Un ejemplo de ello se evidencia en la Sentencia T- 790 de 2.014[175], por medio de la cual el alto Tribunal protegió los derechos fundamentales a la vida, a la salud y al agua potable, aun cuando en la Constitución Política no se consagra expresamente este último como un derecho fundamental, sin embargo, en virtud de la figura jurídica del bloque de constitucionalidad (artículo 93), consideró que el derecho al agua está incorporado en el ordenamiento jurídico interno

[172] CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Ley 142 de 1994. Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones.
[173] Ley 1755 del 30 de junio de 2.015. "Por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo".
[174] Reglamentada por el Decreto 2591 de 1.991, "Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política''. A su vez reglamentado por el Decreto 306 de 1992.
[175] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- 790 de 2.014. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Bogotá D.C. 2.014.

para enriquecer el capítulo de derechos fundamentales de la Carta Superior, razón por la cual ordenó a la Alcaldía Municipal y a la Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios, llevar al actor, el suministro provisional de agua a través de carro tanques hasta tanto se construyera la estación de bombeo para garantizar el suministro permanente de agua.

De igual manera, los ciudadanos haciendo uso del Artículo 88 constitucional pueden incoar Acciones Populares y Acciones de Grupo,[176] en aras de lograr la defesa judicial y protección de derechos e intereses colectivos, así como los de grupo, sobre temas de prestación de servicios públicos domiciliarios. Un ejemplo se encuentra en la Acción de Grupo, fallada en la Sentencia del Consejo de Estado Radicación: 230012331000200300650 02[177], que declaró la responsabilidad en cabeza del ente territorial y de la empresa prestadora del Servicio Público Domiciliario de electricidad, en relación con los daños ocasionados por la indebida liquidación del impuesto de alumbrado público, por considerar que no se ajustaba al ordenamiento jurídico, condenándolos solidariamente a pagar un valor por concepto de indemnización.

En cuanto a las Acciones Populares, un ejemplo es la Sentencia del Consejo de Estado, Expediente núm. AP 2013-00361-01[178], que ordenó a los entes territoriales adoptar todas las medidas necesarias tendientes a garantizar un suministro de agua continuo, eficiente y oportuno, en condiciones de potabilidad, a los habitantes. Así como comprometer rubros presupuestales de emergencia, para adecuar el sistema de acueducto ya implementado y continuar con dicha prestación.

[176] Reguladas por la Ley 472 de 1.998, "por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones".

[177] CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCIÓN TERCERA- SUBSECCIÓN C. Radicación: 230012331000200300650 02. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. Actores: Vicente Sánchez Mejía y otros. Demandado: Empresa Comercial ELEC. S.A y otros. Referencia: Acción de grupo. Bogotá, D.C., 7 de marzo de 2.011.

[178] CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCIÓN PRIMERA. Ref.: Expediente núm. AP 2013-00361-01. Consejera Ponente: María Elizabeth García González. Actores: ROBERT DIMAS DORIA Y OTRO. Acción popular. Bogotá D.C., cinco (5) de marzo de dos mil quince 2015.

La sexta y última enunciación se encuentra en el Artículo 370 de la Constitución, que confía al presidente de la República dos funciones que debe ejercer, las cuales son:

1. *Señalar, con sujeción a la ley las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios.*
2. *Ejercer por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el control, la inspección y vigilancia de las entidades que los presten.*

Ambas son funciones distintas, la primera dio lugar a la creación de las *Comisiones de Regulación de los Servicios Públicos Domiciliarios*, que, aunque no son organismos creados constitucionalmente, actúan en los SPD en ejercicio de una función presidencial, por medio de la figura de la delegación[179] y son el instrumento de la intervención del Estado en su prestación. La segunda función la ejerce el presidente a través de la *Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios,* organismo que, si tiene su origen en la Constitución, encargada de establecer cómo se están prestando los servicios y la manera cómo están actuando las empresas prestadoras[180].

Sin embargo, este artículo 370 es necesario interpretarlo de la mano del 150, quien faculta al legislador para "expedir dichas normas a las cuales debe sujetarse el Gobierno para el ejercicio de las funciones de inspección, control y vigilancia que le señala la Constitución" así como a "expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos". Lo que significa que existe una dualidad de funciones respecto de los SPD, esto es, por un lado, unas competencias del Congreso, y por el otro unas en cabeza del ejecutivo. Toda vez que, "el Congreso fija las directrices

[179] Esta figura de delegación que puede hacer el presidente de la República, tiene sus bases en el artículo 211 de la Constitución Política, el cual le permite delegar en las Agencias del Estado funciones que señale la Ley –en estas se circunscriben las Comisiones de Regulación de los Servicios Públicos-.

[180] HERNÁNDEZ, op. Cit. Citado por el Compilador VELILLA, Marco Antonio. *Los servicios públicos como instrumento de solidaridad y cohesión social del Estado.* Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez C. Ltda. Bogotá. 2005. Pág. 65-67

de acción en estas áreas (inspección, control y vigilancia) y el Gobierno las desarrolla, las lleva a la práctica", tal y como lo ha explicado la Corte en numerosas jurisprudencias[181].

Finalmente, a manera de resumen de este acápite de la investigación, sobre las bases constitucionales de los SPD, es preciso hacer mención de la Sentencia C- 041 de 2.003 que recoge todo lo aquí mencionado:

> *"La prestación de los servicios públicos es inherente al Estado Social de Derecho, los cuales se caracterizan por: (i) tener una connotación eminentemente social, en tanto que pretenden el bienestar y mejoramiento de la calidad de vida de las personas y por ello su prestación debe ser eficiente; (ii) el régimen jurídico al cual estarán sometidos es el que fije la ley; (iii) pueden ser prestados no solamente por el Estado, directa o indirectamente, sino también por comunidades organizadas o por particulares; (iv) el Estado mantendrá siempre su regulación, control y vigilancia; (v) su régimen tarifario consultará, además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos; (vi) deberán ser prestados directamente por los municipios, en tratándose de los servicios públicos domiciliarios, cuando las características técnicas y económicas del servicio y las conveniencias generales lo permitan y aconsejen, y (vii) las entidades territoriales pueden conceder subsidios para las personas de menores ingresos"*[182].

[181] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-172 de 14. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio. Bogotá. 2014.
[182] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-041 de 2.003. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño. Bogotá. 2003.

3.1 LEGISLACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS.

Para establecer los antecedentes legislativos del Régimen de Servicios Públicos Domiciliarios, es preciso mencionar nuevamente la gran crisis en cuanto a la prestación de estos que Colombia atravesaba para a la década de los 80´s, dado que había baja cobertura, pobre continuidad y deficiente calidad, situación que llevó al Constituyente de 1.991 a buscar soluciones definitivas y determinar la importancia de crear un marco regulatorio que separara las funciones de política sectorial de la regulación del sector[183].

La misma Constitución Política del 91 en su artículo transitorio 48[184], conminó al Gobierno Nacional para presentar los proyectos de ley relativos al régimen jurídico de los servicios públicos, determinándose que si después de dos legislaturas ordinarias el Congreso no expedía la Ley, el presidente de la República expediría los Decretos reglamentarios con fuerza de Ley[185], medida que no fue aplicada, porque en cumplimiento de dicha disposición, el 21 de octubre de 1.992 los señores Ministros Rudolf Hommes Rodríguez, Ministro de Hacienda y Crédito Público; Guido Nule Amín, Ministro de Minas y Energía; William Jaramillo Gómez, Ministro de Comunicaciones; Jorge Bendeck Olivella, Ministro de Obras Públicas y Transporte; Luis Alberto Moreno, Ministro de Desarrollo Económico, presentaron a consideración del Congreso, por conducto del Senado de la República, el Proyecto de Ley por el cual se regularían los temas a los que se refiere la norma citada.

---

[183] AMADOR CABRA, Luis Eduardo. *Los Servicios Públicos frente a las Reformas Económicas en Colombia*. Editorial Universidad Externado de Colombia. Primera edición. Bogotá. 2.011. Pág. 103 y 104.

[184] CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991- DISPOSICIONES TRANSITORIAS- Capitulo 7- ARTICULO TRANSITORIO 48. Dentro de los tres meses siguientes a la instalación del Congreso de la República el Gobierno presentará los proyectos de ley relativos al régimen jurídico de los servicios públicos; a la fijación de competencias y criterios generales que regirán la prestación de los servicios públicos domiciliarios, así como su financiamiento y régimen tarifario; al régimen de participación de los representantes de los municipios atendidos y de los usuarios en la gestión y fiscalización de las empresas estatales que presten los servicios, así como los relativos a la protección, deberes y derechos de aquellos y al señalamiento de las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios.
Si al término de las dos siguientes legislaturas no se expidieren las leyes correspondientes, el presidente de la República pondrá en vigencia los proyectos mediante decretos con fuerza de ley.

[185] GACETA CONSTITUCIONAL, No. 85. 29 de mayo de 1.991. Pág. 22. Citada por AMADOR CABRA, Luis Eduardo. *Los Servicios Públicos frente a las Reformas Económicas en Colombia*. Editorial Universidad Externado de Colombia. Primera edición. Bogotá. 2011. Pág. 80.

Dicho proyecto de Ley contenía unos objetivos tendientes a diseñar mecanismos que permitieran mantener y mejorar los niveles de calidad de los SPD, garantizar costos bajos en el suministro, así como lograr su prestación eficiente, los cuales se sintetizan seguidamente:

1. *Ampliación de las coberturas en servicios, especialmente deficitarios en algunas áreas como la de Saneamiento Básico y con bajo cubrimiento en los sectores más pobres de la población.*
2. *Continuidad de su financiación, destinando recursos para inversión y así cumplir el objetivo prioritario de mejoramiento en coberturas.*
3. *Avance del proceso de descentralización y la autonomía municipal en la prestación de algunos servicios.*
4. *Mejoramiento de la gestión de las entidades prestadoras del servicio*[186]*.*

Según la exposición de motivos, el proyecto se construyó alrededor de seis criterios básicos, a saber:

1. *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 (art, 365 de la Constitución, Política). Por lo tanto, es deber de las autoridades organizar la prestación de los servicios públicos en forma que más convenga al usuario. Este postulado se concreta en tres objetivos específicos a saber: garantizar que haya recursos suficientes para lograr la existencia misma del servicio, es decir la cobertura; asegurar la eficiencia del servicio, es decir, los menores costos y las menores tarifas; y obtener la calidad de los servicios.*
2. *Los tres objetivos del servicio eficiente al usuario que se enunciaron arriba deben lograrse, ante todo con los siguientes cinco instrumentos: libertad de entrada para quienes quieran prestar los servicios; competencia entre quienes los presten, cuando la competencia sea naturalmente posible; control sobre quienes presten servicios en condiciones de monopolio, para evitar abusos en la posición dominante; vigilancia sin obstruccionismo burocrático; y sanciones eficaces para los infractores de las normas.*
3. *El Estado debe buscar la prestación eficiente de los servicios públicos; el inciso primero del artículo 365 de la Constitución Política obliga tanto a las entidades políticas como a las entidades privadas, a ser eficientes en la prestación de los*

[186] Exposición de motivos. Proyecto de Ley radicado ante el Congreso de la República, el cual más tarde se expidió la Ley 142 de 1994. 21 de octubre de 1992. Santa fe de Bogotá, D. C.

servicios. La Constitución no ampara la ineficiencia en el sector público ni en el privado.

4. *El municipio es la entidad política y regional alrededor de la cual debe organizarse la prestación de los servicios públicos domiciliarios. Pero corresponde a la Nación y a los departamentos apoyarlo en su labor, y organizar la prestación de los servicios complementarios (arts. 4, 5, 6 Y 7).*
5. *Existe el deber de subsidiar a los usuarios de menores ingresos, para que puedan atender sus necesidades básicas. Pero los subsidios deben otorgarse con "transparencia", es decir, en forma tal que se conozca con precisión cuánto cuestan, quien los paga, y quien los recibe. Otras formas de dar subsidio conducen al despilfarro, a la corrupción y al privilegio. Por eso el artículo 368 de la Constitución ordena que, si se desea dar subsidios, deben otorgarse a través de los presupuestos de las entidades públicas. Las asignaciones presupuéstales permiten identificar con precisión el monto de los subsidios, su origen y sus destinatarios.*
6. *Las autoridades deben intervenir y vigilar, sin obstruir. Deben hacerlo en forma especializada, sin confundir la función de regular, es decir, de velar porque las reglas se cumplan. Deben separar sus funciones como administradores de empresas, de sus funciones como reguladores de las empresas. Y deben disponer de instrumentos eficaces para cumplir sus responsabilidades y para sancionar a los infractores.*

Así nace a la vida jurídica la Ley 142 de 1.994, que por la necesidad de cumplir fines esenciales del Estado, fue necesario que el Congreso de la República expidiera el Régimen de los Servicios Públicos Domiciliarios como una Ley especial, en donde todas las actividades calificadas como Servicio Público, quedan sujetas a este régimen de intervención del Estado en la economía, lo que les impide desarrollarse como otras actividades que son libres, debido a que deben sujetarse a una misma normatividad de rango constitucional que para ellas determina la Carta Política[187], aquí radica la especialidad del Régimen de los Servicios Públicos Domiciliarios porque se aplica indistintamente de si el prestador es particular o del sector público.

Sin que quiera decir lo anterior, que se coarta o restringe el principio de libertad de entrada al mercado, presentado desde la Asamblea Nacional Constituyente, en su

[187] ATEHORTÚA RÍOS, Carlos Alberto. *Servicios Públicos Domiciliarios y las TIC en el contexto del precedente judicial*. Compiladores: Julio César Caballero y Carlos Augusto Betancur. Editorial Biblioteca Jurídica Diké. Medellín- Colombia. 2.012. Pág. 43.

momento, en los siguientes términos: *"(…) el derecho a la competencia económica constituye un derecho colectivo de la sociedad entera, como quiera que la teoría y la práctica económica han demostrado que la libertad económica y el funcionamiento de los mercados conduce a la eficiencia en la asignación de recursos escasos y a maximizar el bienestar general solamente en cuanto se desarrolle en condiciones competitivas*"[188].

De modo que, las disposiciones constitucionales comprendidas en los artículos 333 y 334 y el inciso penúltimo del artículo 336 de la C.P., encuentran basamento en el raciocinio anterior y promueven la iniciativa privada, eximiéndola de la exigencia de permisos previos o autorizaciones, acompañada de la intervención del Estado por mandato de la Ley en aras de preservar el interés general, *"supuestos que guardan estrecha relación con la prestación de los SPD, en tanto el artículo constitucional 365 permite que los particulares puedan prestarlos, entrando al mercado y compitiendo por sus usuarios*"[189].

En consecuencia, el régimen jurídico contenido en la Ley 142, así como en la Ley 143 de 1.994, expedidas a su vez con fundamento en los principios contenidos en la Carta de 1.991, dieron paso a una transformación sin precedentes en materia de SPD en Colombia, estableciendo una de las características peculiares de nuestro marco jurídico, al instaurar el principio de libertad de entrada al mercado, que se traduce con base en la doctrina[190] y al interpretar las normas invocadas, en la promoción y goce de la libre competencia que debe ser garantizada a los diferentes agentes económicos, públicos, privados o mixtos que desarrollan funciones relacionas con la prestación eficiente de los servicios públicos, de manera que, estas normas se constituyen en elementos de promoción de la competencia en tratándose de los SPD.

---

[188] RAMIREZ GÓMEZ, Javier. *Régimen Legal de la competencia en los servicios públicos domiciliarios*. En: Revista de Derecho, Universidad del Norte. No. 20. Año 2.003. Pág. 104.

[189] ISAZA CARDOZO, Germán. *El Derecho al agua y el mínimo vital en el marco del servicio público domiciliario de acueducto en Colombia*. Trabajo presentado para optar el título de Magíster en Derecho Administrativo. Universidad del Rosario. Facultad de Jurisprudencia. Bogotá. 2.014. Pág. 30.

[190] LASHERAS MERINO, Miguel A. La Regulación Económica de los Servicios Públicos, en: http://www.revistas ice.com/CachePDF/ICE_788_179-188__7BC667BC5DCC6B5CEF9C1A35CD21E8FF.pdf (consultada el 23 de noviembre de 2.017).

Ergo, al analizar las disposiciones constitucionales y el marco jurídico enunciado renglones anteriores, se puede establecer que existe claramente una concepción económica de la prestación de los servicios públicos domiciliarios, que deriva a su vez, en una idea esencial al desmotar las barreras de entrada al mercado, por lo que cualquier persona que desarrolle actividades económicas de tal índole, se encuentra habilitada para proveerlos y cobrar un precio por ello[191].

Dejando esto sentado, es pertinente ahora adentrarse en el contenido de la Ley 142 de 1.994, la cual actualmente consta de 191 artículos, incluida la vigencia. Su estructura está organizada en 11 títulos (comprendido el preliminar), dentro de su articulado se establecen los principios generales, las personas prestadoras de los SP, se determina su régimen jurídico, el régimen de actos y contratos, el régimen laboral y control de gestión de resultados. Respecto de la actuación del Estado en los SP, establece la regulación, control y vigilancia, el régimen tarifario y los procedimientos administrativos. Y sobre los SP, el contrato para la prestación, normas especiales para algunos servicios y un régimen de transición.

Teniendo en claro el concepto de Servicios Públicos Domiciliaros definido en páginas anteriores, es preciso establecer el ámbito de aplicación[192] del RSPD, el cual se aplica a los Servicios Públicos Domiciliarios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible, *"telefonía fija pública básica conmutada y la telefonía local móvil en el sector rural"*[193]; a las actividades que realicen las personas prestadoras

[191] ISAZA CARDOZO, op. Cit. Pág. 31.

[192] Ley 142 de 1.994, artículo 1.

[193] Es necesario aclarar que la Ley 142 de 1.994 al momento de su expedición incluyó este servicio como público, sin embargo, la telefonía pública conmutada, telefonía local móvil en el sector rural y larga distancia, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1341 de 2.009 artículo 73, dejaron de considerarse como tales, de modo que, no le es aplicable las disposiciones del RSPD. Empero, el régimen si se aplica en los siguientes casos: lo establecido en los artículos 4° sobre carácter esencial, 17 sobre naturaleza jurídica de las empresas, 24 sobre el régimen tributario, y el Título Tercero, artículo 41, 42 y 43 sobre el régimen laboral, garantizando los derechos de asociación y negociación colectiva y los derechos laborales de los trabajadores. En todo caso, se respetará la naturaleza jurídica de las empresas prestatarias de los servicios

de servicios público, y a las actividades complementarias a las que también se aplica esta Ley que no cuentan con normas especiales, así como a los otros servicios previstos en normas especiales.

Para iniciar un estudio de algunos aspectos relevantes de la Ley 142 de 1.994, es pertinente traer a colación el planteamiento del economista y profesor LUIS EDUARDO AMADOR CABRA, quien considera que el RSPD tiene como objetivos generales: garantizar la eficiencia, ampliar la cobertura, racionalizar el régimen tarifario, administrar subsidios, mejorar los espacios a la participación privada, garantizar la participación ciudadana[194]. Sobre el mismo punto, el Tribunal Constitucional en Sentencia C- 172 de 2.014 anteriormente referenciada, expuso que dicho régimen especial contenido en la Ley 142 comprende: eficiencia, cobertura, régimen tarifario, calidad y financiación, formas de participación de los usuarios, lo concerniente a las facultades del presidente de la República[195] entre otros.

Se denota que tanto la doctrina como la jurisprudencia reseñada convergen en algunos aspectos substanciales al plantear el contenido del RSPD, donde es claro que la Ley recoge elementos básicos de la Constitución, razón por la cual resulta pertinente tomar los objetivos o propósitos de mayor relevancia para efectos de esta tesis y explicarlos de manera tangencial como se mostrará a continuación, teniendo en cuenta que en el desarrollo del documento se abordaran con especial profundidad cada uno de estas temáticas.

Los dos primeros objetivos o pilares en la prestación actual de los SPD, son la prestación eficiente de los servicios en escenario de competencia por proveedores estatales, mixtos y privados, y el segundo, la aplicación de políticas de universalización de los servicios,

---

de telefonía pública básica conmutada y telefonía local móvil en el sector rural, como empresas de servicio público.

[194] AMADOR, op. Cit. Pág. 88.

[195] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 172 de 2.014. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio. Bogotá D.C. 2.014.

que posibiliten que los mismos lleguen a la totalidad de la población, en especial a los sectores sociales con menos capacidad de ingresos[196]. Referente a la eficiencia, esta *"implica el incremento en la oferta de los servicios en condiciones de mínimo costo y calidad"*[197] y la prestación eficiente es una carga impuesta al Estado por la misma Constitución, cuyo fin perseguido es garantizar el mejoramiento de la calidad de vida de la población en salvaguardia del principio de dignidad humana, ofreciendo a los usuarios un servicio sin solución de continuidad.

Una tipología de este principio es la *eficiencia económica*[198], que, en el caso de servicios públicos sujetos a fórmulas tarifarias, consiste en que las tarifas deben reflejar siempre tanto el nivel y la estructura de los costos económicos de prestar el servicio, como la demanda por éste, o sea debe responder a los criterios del mercado competitivo. En este orden, el Estado tiene el deber de establecer sistemas para que las empresas prestadoras mantengan una eficiencia económica.

Para la Corte Constitucional, la eficiencia económica a propósito de los SP consiste en que: *(i) las tarifas se aproximen a lo que serían los precios de un mercado competitivo; (ii) las fórmulas tarifarias tengan en cuenta los costos y los aumentos de productividad esperados; (iii) los aumentos de productividad esperados se distribuyan entre la empresa y los usuarios tal como ocurriría en un mercado competitivo; (iv) las fórmulas tarifarias no trasladen a los usuarios los costos de una gestión ineficiente; (v) las empresas no se apropien de las utilidades provenientes de prácticas restrictivas de la competencia*[199]*.*

La universalidad por su parte, es un principio que tiene dos perspectivas, la primera se materializa cuando se considera como deber Estatal asegurar la prestación de los SPD a

[196] ATEHORTÚA RÍOS, Carlos Alberto. *Régimen de los Servicios Públicos Domiciliarios, en el contexto de la doctrina constitucional.* Editorial Biblioteca Jurídica Diké. Medellín- Colombia. 2.008. Pág. 34
[197] AMADOR, op. Cit. Pág. 85.
[198] Ley 142 de 1.994, artículo 87.1.
[199] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 150 de 2.003, Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa. Bogotá. 2.003.

todos los habitantes del territorio nacional[200], y la segunda se encuentra representada en el derecho de acceso universal que tiene la sociedad, resultando *"los servicios públicos como universales, en cuanto deben prestarse por igual a todas las personas, sin discriminación alguna, que sean titulares de las necesidades que se buscan satisfacer a través de dichos servicios"*[201].

La universalidad se traduce a la ampliación permanente de la cobertura, aclarándose que *"la cobertura implica que los servicios se llevarán hasta donde sea económicamente viable para el prestador"*[202], sin embargo, el Estado debe crear políticas de fomento para garantizar que los servicios sean prestados a la totalidad de los habitantes del territorio nacional, atendiendo al deber de universalización que es consecuencia del calificativo de "servicio público"[203].

Para el profesor JAIME BUENAHORA, en la universalidad radica el mayor logro del Constituyente en materia de servicios públicos domiciliarios, considera que hubo mucha conciencia entre los constituyentes en el sentido que las cifras indicaban gran carencia en la prestación de servicios a grandes sectores de la población, situación que hizo que se pensara primero en la universalidad, que los SPD llegaran a todos, que la sociedad fuera incluyente para hacer concordancia con los primeros artículos de la Constitución, es decir, donde están los principios fundamentales, cree además que la Carta del 91 es profundamente incluyente y considera que despertó mucha conciencia alrededor de este tema y de los derechos fundamentales y su tutela[204].

---

[200] CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Artículo 365. 1.991

[201] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-636 DE 2.000. Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell. Santafé de Bogotá. 2.000.

[202] AMADOR, op. Cit. Pág. 85.

[203] ATEHORTÚA RÍOS, Carlos Alberto. *Servicios Públicos Domiciliarios y las TIC en el contexto del precedente judicial*. Compiladores: Julio César Caballero y Carlos Augusto Betancur. Editorial Biblioteca Jurídica Diké. Medellín- Colombia. 2.012. Pág. 44.

[204] Para 1.991 el Dr. JAIME BUENAHORA FEBRES era Represéntate a la Cámara, dignidad que le permitió asistir a todos los debates suscitados en este escenario de trasformación para el país. [Entrevista personal el 03 de abril de 2.017]

En este sentido, por ejemplo, la Comisión de Regulación Agua Potable y Saneamiento Básico, posee la facultad de ordenar fusión de empresas para aprovechar las economías de escala y de aglomeración y así beneficiar a los usuarios con mayores coberturas, menores costos y, por ende, menores tarifas. De hecho, los Planes Nacionales de Desarrollo, desde el 2.006, deliberadamente incentivan la prestación por empresas grandes y solventes. Sobre esta idea, Simón Gaviria Muñoz, ex – director del Departamento Nacional de Planeación (DNP) anotó en su momento, "*con el fin de garantizar acceso de toda la población a los servicios de acueducto y alcantarillado, es necesario reducir la atomización de las empresas que lo administran y promover la regionalización, es urgente revisar los casos más críticos de coberturas y que la CRA ordene la fusión de algunas empresas del sector*"[205].

Por otro lado, en el RSPD se encuentra un Régimen Tarifario que cuenta con un sistema de subsidios que compensa la insuficiencia de la capacidad de pago de los usuarios en aras de mantener el equilibrio financiero dentro de las empresas prestadoras y que permita garantizar la ampliación de la cobertura, asunto que, dada su importancia, se abordará en el siguiente acápite con la profundidad requerida.

Así las cosas, por el momento se abordará el régimen tarifario en los servicios públicos[206] como otro de los propósitos de la Ley 142, bajo el entendido que los costos y ajustes de las tarifas son necesarios en el mercado de bienes y servicios, tanto es así, que incluso desde antes de la entrada en vigencia del RSPD, el alto Tribunal Constitucional[207], revistió de importancia el mantenimiento del equilibrio económico- financiero de las empresas prestadoras de los servicios públicos domiciliarios, para que los prestadores

[205] Precisiones del director del DNP, Simón Gaviria Muñoz, 19 de octubre de 2.015, a propósito de la dispersión de las empresas de acueducto, en: https://www.dnp.gov.co/Paginas/Dispersi%C3%B3n-de-empresas-de-acueducto-hace-necesaria-la-fusi%C3%B3n-de-algunas-de-ellas.aspx (consultada el 21 de Nov. de 2.017).

[206] Ley 142 de 1.994, artículo 86 y ss.

[207] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 580 de 1.992. Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz. Santafé de Bogotá D.C. 1.992.

lograran recuperar los costos de los servicios que prestan y de esta manera se pueda garantizar la cobertura futura de los mismos[208].

Sobre el particular, es importante mencionar que la CRA a través de la resolución 688 de 2.014, determinó que el régimen tarifario aplicable a los servicios públicos domiciliarios, se compondrán por las reglas relativas a procedimientos, metodologías, fórmulas, estructuras, estratos, facturación, opciones, valores y, en general, todos los aspectos que determinen el cobro de las tarifas, con sujeción a los establecido en el numeral 86.4 del artículo 86 del RSPD.

Sin embargo, referente a los ajustes de las tarifas[209], es preciso anotar que, para la Corte Constitucional, la facultad otorgada a los prestadores para modificar las "formulas tarifarias"[210] no puede ser utilizada para capitalizar ni financiar a las empresas de Servicios Públicos Domiciliarios, sino que debe redundar en beneficio del usuario para la obtención de una mayor eficiencia en la prestación del servicio o en la extensión de la cobertura a mayor número de usuarios[211]. Aquí se reflejan los principios de eficiencia económica[212] y suficiencia financiera[213], los cuales no permiten alzas en las tarifas, destinadas a recuperar pérdidas patrimoniales de las empresas[214].

---

[208] El artículo 87 de la Ley 142, establece que el régimen tarifario estará orientado por los criterios de eficiencia económica, neutralidad, solidaridad, redistribución, suficiencia financiera, simplicidad y transparencia.

[209] Ley 142 de 1.994, artículo 96.

[210] A juicio de la CRA. Resolución 688 de 2.014. En las fórmulas tarifarias las Comisiones de Regulación se garantizarán a los usuarios a lo largo del tiempo los beneficios de la reducción promedia de costos en las empresas que prestan el servicio; y, al mismo tiempo, darán incentivos a las empresas para ser más eficientes que el promedio, y para apropiarse los beneficios de la mayor eficiencia.

[211] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 389 de 2.002. Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández. Bogotá D.C. 2.002.

[212] La eficiencia económica consiste en que: (i) las tarifas de los servicios públicos se aproximen a lo que serían los precios de un mercado competitivo; (ii) las fórmulas tarifarias tengan en cuenta los costos y los aumentos de productividad esperados (…) ATEHORTÚA RÍOS, Carlos Alberto. *Servicios Públicos Domiciliarios y las TIC en el contexto del precedente judicial*. Compiladores: Julio César Caballero y Carlos Augusto Betancur. Editorial Biblioteca Jurídica Diké. Medellín- Colombia. 2.012. Pág. 450, 451.

[213] Resolución CRA. 688 de 2.014. En virtud del principio de suficiencia financiera consagrado en el numeral 87.1 del artículo 87 de la Ley 142 de 1.994, "*el régimen de tarifas procurará que éstas se aproximen a lo que serían los precios de un mercado competitivo (…)", (…) que las formulas tarifarias no pueden trasladar a los*

En palabras de LUIS EDUARDO AMADOR CABRA, las tarifas[215] *"en primer término, deben reflejar los costos de la prestación del servicio, en segundo término, estas deben aproximarse a los precios de un mercado competitivo y en un tercer término, debe tenerse en cuenta para su fijación no sólo los costos sino los aumentos de productividad"*[216].

En consecuencia, el legislador en ejercicio de su poder de configuración, respetando los límites constitucionales y gozando de la competencia para determinar las facultades otorgadas al órgano de regulación de los SPD, regló que el Régimen tarifario y la modificación de las fórmulas tarifarias serán fijadas por las Comisiones de Regulación. Fijación que se hace en un marco de solidaridad, que en cumplimiento de los fines del Estado busque el mejoramiento de la calidad de vida de las personas de bajos ingresos, que como ya se ha mencionado, permita lograr que los servicios puedan llegar a todos los habitantes del territorio nacional, de manera eficiente y en condiciones de calidad, para lo cual resulta indispensable que quienes tienen mejor capacidad económica subsidien parte del servicio que reciben los que tiene menos.

A la postre, el Dr. JAIME HUMBERTO MESA BUITRAGO, quien actualmente se desempeña como experto comisionado de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, considera que *"un segmento donde se podría ubicar al tema de la solidaridad en materia de servicios públicos que es muy claro y muy evidente, es en toda la estructura de subsidios y de estratificación que está concebida bajo una lógica en virtud de la cual, las clases más favorecidas o con mejores recursos económicos y los industriales y comerciales, pagan una sobretasa o un sobre precio frente al costo económico de referencia y además, los estratos menos favorecidos, o sea 1, 2 y 3 reciben un subsidio que se paga en parte o totalmente, dependiendo de la condición de cada municipio, precisamente con esos aportes solidarios que realizan las clases más*

---

usuarios los costos de una gestión ineficiente, ni permitir que las empresas se apropien de las utilidades provenientes de prácticas restrictivas de la competencia (…)

[214] Ley 142 de 1.994, artículo 94.

[215] Resolución CRA. 688 de 2.014. "Toda tarifa tendrá un carácter integral en el sentido que supondrá una calidad y grado de cobertura del servicio, cuyas características definirán las comisiones reguladoras (…)".

[216] AMADOR, op. Cit. Pág. 96.

favorecidas. Entonces, se podría decir que hay un segundo segmento de la población con unos recursos económicos bajos que termina pagando un menor precio del que cuesta realmente el servicio y ese precio que ellos no pagan es cubierto con lo que aportan los estratos 5 y 6 y los industriales y comerciales, y el déficit lo termina cubriendo la respectiva entidad territorial"[217].

El criterio de solidaridad fue ampliamente desarrollado por la Ley 142, bien a través del factor aplicado a los usuarios de estratos residenciales altos e industriales y comerciales, o bien mediante los subsidios directos que han de incorporarse a los respectivos presupuestos, teniendo como referente para su distribución la estratificación socioeconómica[218], ambos son una manifestación de los deberes de solidaridad y tienen, por ende, el propósito de contribuir a la financiación de las tarifas de los usuarios más pobres. El RSPD define el subsidio[219] como la diferencia entre lo que se paga por un bien o servicio, y el costo de éste, cuando tal costo es mayor al pago que se recibe[220]. Y la estratificación[221] es definida como la clasificación de los inmuebles residenciales de un municipio, que se hace en atención a los factores y procedimientos que determina la ley.

Ahora bien, en el tren del neoliberalismo de las privatizaciones en materia de Servicios Públicos en que incursionó el Estado a partir de la Constitución de 1.991, otro de los objetivos o propósitos del Régimen jurídico general aplicable al sector de los SPD[222] que

---

[217] Experto Comisionado de la CRA. DR. JAIME HUMBERTO MESA BUITRAGO. [Entrevista personal, marzo 09 de 2.017].

[218] SÁNCHEZ LUQUE, Guillermo. *La Solidaridad en el modelo tarifario de los Servicios Públicos Domiciliarios*. Citado por el Compilador VELILLA, Marco Antonio. Los servicios públicos como instrumento de solidaridad y cohesión social del Estado. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez C. Ltda. Bogotá. 2005. Pág. 171.

[219] Ley 142 de 1.994, artículo 14.29.

[220] El artículo 1 del Decreto 565 de 1996, "Por el cual se reglamenta la Ley 142 de 1.994, 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", compilado en el artículo 2.3.4.1.1.1. del Decreto 1077 de 2015, define el subsidio como *"la diferencia entre el valor que un usuario o suscriptor paga por el consumo básico del servicio público domiciliario y su costo económico de referencia, cuando tal costo es mayor que el pago que efectúa el usuario o suscriptor".*

[221] Ley 142 de 1.994, artículo 14.8.

[222] El Régimen jurídico general aplicable al sector de los SPD, determinado por la Ley 142 de 1.994 y las leyes especiales posteriores que en forma expresa la han modificado y adicionado, determinan lo siguiente: (…)1. Los actos y contratos de todas las empresas y entidades prestadoras de servicios públicos se someten al

está dado en las Leyes especiales 142 y 143 de 1.994[223] y las leyes posteriores que las han adicionado y modificado, consiste precisamente en mejorar el especio a la participación privada, por lo cual se determinó que todas las empresas de servicios públicos se regirán exclusivamente por las reglas de derecho privado, tanto en su constitución y en sus actos, así como en los actos requeridos para la administración y el ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, salvo en cuanto la Constitución Política o el mismo RSPD dispongan expresamente lo contrario.

Lo anterior, sin hacer distinción alguna del porcentaje que los aportes representen en el capital social, en tratándose de empresas con capital del Estado o de entidades territoriales[224]. Esto con el fin de garantizar seguridad jurídica en los prestadores, al poder competir en condiciones de igualdad, aunque el tema de utilidades sea totalmente distinto, pero lo que se busca jurídicamente es que todos en el mercado tengan las mismas cargas y beneficios.

Sin embargo, se podría hablar también de una aplicación de derecho mixto, dada por la misma Ley 142 que somete el sector de los Servicios Públicos Domiciliarios a un régimen especial que, por regla general, tiene como orientación la aplicación del derecho privado en la producción de los bienes objeto del servicio, pero la aplicación del derecho público en las relaciones de la empresas con los usuarios y en el ejercicio de las potestades públicas que se reconocen a los diferentes proveedores con el fin de que puedan prestar en forma eficiente y oportuna los servicios que están a su cargo[225], en un marco de competencia propio del mercado.

---

derecho privado. 2. Los servidores de todas las empresas y entidades prestadoras de servicios públicos en las que el Estado sea propietario o tenga aportes son servidores públicos, pero en el caso de las ESP mixtas y privadas, esos servidores públicos tienen el carácter de particulares (…) ATEHORTÚA RÍOS, Carlos Alberto. *Régimen de los Servicios Públicos Domiciliarios, en el contexto de la doctrina constitucional.* Editorial Biblioteca Jurídica Diké. Medellín- Colombia. 2.008. Págs. 65-69

[223] Ley 143 del 11 de julio de 1.994. **"**Por la cual se establece el régimen para la generación, interconexión, trasmisión, distribución y comercialización de electricidad en el territorio nacional, se conceden unas autorizaciones y se dictan otras disposiciones en materia energética".

[224] Ley 142 de 1.994, artículo 32.

[225] ATEHORTÚA, op. Cit. Pág. 36

Otro de los propósitos contenidos en el RSPD versa sobre la participación de los usuarios, con el fin de asegurar este objetivo, a través del RSPD se crearon los "Comités de Desarrollo y Control Social de los Servicios Públicos Domiciliario", compuestos por usuarios, suscriptores o suscriptores potenciales de uno (1) o más de los servicios públicos, los cuales tienen como función principal la gestión y fiscalización de las empresas prestadoras[226] y deberán existir en todos los municipios, conforme a la estipulación del artículo 10 de la Ley 689 de 2.001.

La Ley 142 dedica en el título VIII, todo el capítulo VII, a la defensa de los usuarios en sede de la Empresa, que se materializa con el derecho que tienen los suscriptores y usuarios de presentar peticiones respetuosas, quejas y recursos relativos al contrato de servicios públicos[227], y con el ánimo de garantizar la participación ciudadana**,** el legislador obligó a todas las personas prestadoras de servicios públicos a constituir una Oficina de Peticiones, Quejas y Recursos[228], considerada parte integral del concepto y de la calificación de calidad, la cual tiene la obligación de recibir, atender, tramitar y responder las peticiones o reclamos y recursos verbales o escritos que presenten los usuarios, los suscriptores o los suscriptores potenciales en relación con el servicio o los servicios que prestan dichas empresas.

De manera que, tanto los usuarios como los operadores tienen derechos y obligaciones que van de la mano y que están contenidos en un contrato de condiciones uniformes[229], que estipula términos que son definidos por las empresas prestadoras para ofrecerlas a muchos usuarios no determinados en iguales condiciones. En otras palabras, el marco legal tutela el derecho para los productores y consumidores, para los primeros mantener la calidad y continuidad del servicio y para los segundos unas reglas claras de financiación[230].

[226] Ley 142 de 1.994. artículo 62 y 63.
[227] Ley 142 de 1.994, artículo 152.
[228] Ley 142 de 1.994, artículo 153.
[229] Ley 142 de 1.994, artículo 128.
[230] AMADOR, op. Cit. Pág. 96.

Amparando los derechos fundamentales y los intereses económicos de los suscriptores y/o usuarios de los servicios públicos domiciliarios, el Congreso de la República haciendo uso de su potestad legislativa, tramitó un Proyecto de Ley[231], por medio del cual se pretende modificar la Ley 142 de 1.994, en aras de ampliar la protección y promover y garantizar el libre ejercicio de los derechos, iniciativa que fue aprobada en sus cuatro debates, sin embargo, fue objetada por el Gobierno Nacional por inconstitucionalidad e inconveniencia, teniendo ahora la corporación que estudiar las mismas. El proyecto persigue:

1. *Se le otorgue autonomía a los usuarios o suscriptores para escoger libremente con quién realizar arreglos, ajustes o adecuaciones y certificaciones sobre las redes internas y/o del equipo de medida, cuando existan anomalías.*
2. *A las Comisiones de Regulación se les de la facultad de aprobar en su integridad la legalidad de las condiciones uniformes de los contratos de servicios públicos domiciliarios que se sometan a su consideración, actualmente solo pueden dar su concepto.*
3. *No dé lugar a cobro de cargos por reconexión y reinstalación, cuando sea realizada con medios tecnológicos que impliquen lectura o gestión remota no física. Además, que se imponga a las Comisiones establecer los costos eficientes máximos por concepto de reconexión y reinstalación que deberán pagar los usuarios.*
4. *Se obligue a los prestadores a tener una Oficina de Peticiones, Quejas y Recursos en cada municipio donde prestan servicios.*

El último propósito de la Ley 142 que será abordado en este capítulo del trabajo sub examine, es quizá la más adecuada forma de intervencionismo del Estado, concerniente a las facultades del Presidente de la República, en donde existe una primera forma de regulación presidencial a través de la delegación[232], que hace sobre las Comisiones de

[231] Proyecto de Ley número 120 de 2.016 Senado, 097 de 2.015 Cámara. "Por medio del cual se establecen normas de protección y garantías contra abusos hacia los usuarios de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones", en http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=27&p_numero=120&p_consec=46819 (consultada el 28 de marzo de 2.017)

[232] Decreto 1524 del 15 de julio de 1.994. "Por el cual se delegan las funciones presidenciales de señalar políticas generales de administración y control de eficiencia en los servicios públicos domiciliarios, y se dictan otras disposiciones".

Regulación (definidas en gran detalle en el próximo capítulo de esta tesis), atendiendo al artículo 68 de la Ley 142 que en desarrollo del artículo 370 constitucional, el Presidente de la República señala las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios que serán ejercidos por estas entidades independientes, que tienen como finalidad promover la libre competencia y regular los monopolios, en orden a una prestación eficiente de los servicios públicos.

Sobre el particular la Corte ha dicho que: *"la regulación que hagan las Comisiones respectivas sobre las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios, sin tener una connotación legislativa, implica la facultad para dictar normas administrativas de carácter general o particular, de acuerdo con la Constitución, la ley, el reglamento y las directrices presidenciales, dirigidas a las personas que prestan servicios públicos domiciliarios para lograr su prestación eficiente mediante la regulación de monopolios y la promoción de la competencia"*[233].

La segunda forma de regulación propia de la facultad del presidente de la República de ejercer el control, la inspección y vigilancia de las entidades que presten los SPD, en desarrollo de la finalidad social del Estado, la ejerce por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios[234], entidad descentralizada de carácter técnico, creada por la Constitución de 1.991[235], que cuenta con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonial.

El ejercicio de esta actividad, la Superintendencia debe ejercerla atendiendo los siguientes principios[236]:

[233] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 150 de 2.003. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa. Bogotá D.C. 2.003.
[234] Ley 142 de 1.994, artículo 75.
[235] CONSTITUCIÓN POLÍTICA. Artículo 370. 1.991
[236] Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, en http://www.superservicios.gov.co/Institucional/Nuestra-Entidad (consultada el 01 de abril de 2.017).

1. *Garantía a los usuarios del acceso a los servicios y su participación en la gestión y fiscalización de su prestación.*
2. *Libertad de competencia y no utilización abusiva de la posición dominante.*
3. *Prestación continua e ininterrumpida de los servicios públicos domiciliarios, sin excepción alguna, salvo cuando existan razones de fuerza mayor o caso fortuito o de orden técnico o económico que así lo exijan.*
4. *Control y vigilancia de la observancia de las normas y de los planes y programas sobre la materia.*
5. *Organización de sistemas de información, capacitación y asistencia técnica.*
6. *Respeto del principio de neutralidad, a fin de asegurar que no exista ninguna práctica discriminatoria en la prestación de los servicios.*
7. *Integralidad de los análisis de gestión y resultados de los prestadores de servicios públicos sometidos a su inspección, vigilancia y control.*
8. *Prevalencia del interés general sobre el interés particular en la prestación de los servicios públicos domiciliarios.*

Actualmente la SSPD, tiene 34 funciones dadas inicialmente por el artículo 79 de la Ley 142, así como por el 13 de la Ley 689 de 2.001 y una más adicionada por el artículo 96 de la Ley 1151 de 2.007[237], función esta que tuvo vigencia hasta que entró a regir el Plan Nacional de Desarrollo 2.010-2.014, contenido en la Ley 1450 de 2.011**"**, sobre el particular se profundizará más adelante.

[237] Ley 1151 del 24 de julio de 2.007. "Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010". Derogado por el art. 276, Ley 1450 de 2011, salvo los arts. 11, 13, 14, 15, 19, 21, 22, 24, 25, 27, 28, 31, 39, 49, 50 excepto su tercer inciso, 62, 64, 67, los incisos primero y tercero del 69, 70, 71, 76, 80, 82, 87, 88, 89, 90, 91, 97, 98, 106, 110, 112, 115, 118, 121, 126, 127, inciso primero del 131, 138, 155 y 156.

3.2 EL SERVICIO DE ACUEDUCTO EN LA LEY 142 DE 1.994

Antes de abordar el Servicio Público Domiciliario de acueducto a la luz del régimen de la Ley 142 de 1.994, es necesario determinar los antecedentes de su prestación, los cuales se remontan a las últimas décadas del siglo XIX, desde entonces los municipios más desarrollados la proveían por intermedio del sector privado, bajo la modalidad de contratos de concesión, aunque de manera incipiente, utilizando para su cometido canales rudimentarios y acequias que permitían conducir las aguas a plazas públicas a donde debían llegar los pobladores para abastecerse del vital líquido[238].

Ya para inicios del siglo XX, se amplió el sector de la industria lo que trajo consigo un aumento del crecimiento de las ciudades debido a la migración hacia las zonas urbanas. El mejoramiento de la economía permitió aumentar el gasto público realizándose inversiones en obras públicas, como lo fueron los sistemas de acueductos mucho más complejos, pues para ese momento, ya se llevaba el agua hasta los domicilios y lugares de trabajo de las personas con mejores condiciones económicas, por medio de tuberías de barro cocido y posteriormente con tuberías de hierro. Para la época eran los Concejos Municipales los encargados de determinar las tarifas que debían pagar los usuarios[239].

En los años 30 se hacía necesario ampliar la cobertura y llevar a la comunidad agua mejor tratada, realidad que no pudieron asumir las empresas privadas "*debido a la estrechez del mercado de capitales y la dificultad para acceder a recursos de financiamiento externo*"[240], situación que le impidió al sector privado permanecer como inversionista, estableciéndose la prestación en cabeza del Estado, he aquí la consolidación del concepto de servicio público.

---

[238] COMISIÓN DE REGULACION DE AGUA POTABLE (CRA). *El estado del arte de la Regulación en el sector de agua potable y saneamiento básico en Colombia*. Ediciones de la Comisión de Regulación de Agua potable y Saneamiento Básico (CRA). Bogotá, 2.001. Pág. 1 y 2.

[239] Ibíd. Págs. 1 y 2.

[240] Proyecto de Ley radicado ante el Congreso de la República del cual más tarde se expidió la Ley 142 de 1994. 21 de octubre de 1992. Santa fe de Bogotá, D. C.

Para 1.985 en Colombia el Índice de Necesidades Básicas Insatisfechas [241] era de 43.2% y para 1.993 de 35.8%[242], el Constituyente debió enfrentarse a bajas cifras en cobertura y a una prestación deficiente de agua potable, con niveles inferiores al 24% en cobertura rural y a unas ciudades intermedias con niveles de cubrimiento inferiores al 62%, situación que desencadenaba protestas populares en ciudades como Barranquilla, Cúcuta, Riohacha y Puerto Colombia, y solo las mayores ciudades (Santa fe de Bogotá, Cali y Medellín) alcanzaban una cobertura cercana al 94%, con una adecuada calidad y frecuencia del agua consumida[243].

Debido a las grandes carencias en el servicio de acueducto se vuelve a pensar en los privados como prestadores[244], y para estar acorde con los nuevos postulados constitucionales en cuanto a principios básicos en relación con la naturaleza de los SPD, el papel y las posibilidades de acción de los agentes públicos y privados, los deberes y derechos de los usuarios, la libre concurrencia y la responsabilidad de los municipios ante la comunidad por la cobertura y calidad en la prestación, fue necesaria una reestructuración en el sector de agua potable y saneamiento básico[245].

Es así como tres años más tarde se expide la Ley 142 de 1.994[246], que apostilla al acueducto como un Servicio Público Domiciliario, también llamado Servicio Público

[241] Según datos del DANE, para el Censo Nacional de 1.985 se tuvieron como componentes del Índice de Necesidades Básicas Insatisfechas los siguientes: Vivienda inadecuadas, Servicios públicos básicos inadecuados que se traducen a la Carencia de servicios sanitarios o carencia de acueducto y aprovisionamiento de agua de río, nacimiento, carro tanque o de lluvia; hacinamiento en Espacio doméstico, inasistencia Escolar, alta Dependencia económica.

[242] DANE. Planib, Necesidades Básicas 1.985, 1.993, 2.005, en https://www.dane.gov.co/files/censos/resultados/prest_NBI_100708.pdf (consultada el 15 de abril de 2.017).

[243] Exposición de motivos de la Ley 142 de 1.994, Op. Cit.

[244] Vale la pena aclarar que en el artículo 32 de la Reforma Constitucional de 1.936 se dispuso que el Estado debía intervenir por mandato de la ley, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes y en los servicios públicos y privados.

[245] AMADOR CABRA, Luis Eduardo. *Los Servicios Públicos frente a las Reformas Económicas en Colombia*. Editorial Universidad Externado de Colombia. Primera edición. Bogotá. 2.011. Pág. 87.

[246] Es preciso aclarar que el Decreto 951 del 04 de mayo 1.989, establecía el reglamento general para la prestación de los servicios de acueducto y de alcantarillado en todo el territorio nacional y mantuvo su vigencia incluso aun después de la expedición de la Ley 142 de 1994, 1989 el cual fue declarado nulo por el Consejo de Estado. Referenciado en la Sentencia del Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso

Domiciliario de agua potable, al cual se le aplican las disposiciones de este régimen, así como a las actividades complementarias de captación de agua y su procesamiento, tratamiento, almacenamiento, conducción y trasporte. En el artículo 3 del Decreto 302 de 2.000[247], modificado por el artículo 1 del Decreto 229 de 2.002, y luego compilado por el Decreto 1077 de 2.015[248], se define el Servicio Público Domiciliario de acueducto o Servicio Público Domiciliario de agua potable como la distribución de agua apta para el consumo humano, incluida su conexión y medición.

La intención inicial de los autores de la Ley 142 fue regular los aspectos comunes a la prestación de los servicios públicos, sin embargo, en la misma exposición de motivos que dio lugar a su promulgación, se determinó la necesidad de fijar ciertos aspectos muy específicos de cada servicio, que ameritan regulaciones especiales, que se encuentran a partir del Título IX. De manera tal, que los preceptos sobre agua potable y saneamiento, de los que se ocupa esta tesis, se encuentran contenidos desde el artículo 160 al 166.

Para el legislador fue necesario buscar la manera de sanear las Necesidades Básicas Insatisfechas de agua potable por ser este el sector con mayor impacto en la calidad de vida y en las condiciones de salubridad, lo que hizo forzoso que *"el Estado creara un mecanismo legal para proveer a toda la población los servicios domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo, por los beneficios que produce su acceso en términos de salud pública y calidad de vida y correlativamente por las externalidades y los problemas de salubridad que genera su carencia"*[249].

Administrativo- Sección Cuarta. Consejera Ponente: MARÍA INÉS ORTIZ BARBOSA. Radicación número: 25000-23-26-000-2002-01286-01(AP). Bogotá, D. C., diecisiete (17) de julio de dos mil tres (2.003).

[247] Decreto 302 del 25 de febrero de 2.000**. "**Por el cual se reglamenta la Ley 142 de 1.994, en materia de prestación de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado".

[248] Decreto 1077 de 2.015. "Por el cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Vivienda, Ciudad y Territorio"

[249] AMADOR CABRA, Luis Eduardo. *Los Servicios Públicos frente a las Reformas Económicas en Colombia*. Editorial Universidad Externado de Colombia. Primera edición. Bogotá. 2.011. Pág. 84.

Así pues, las disposiciones del Régimen en cuanto a agua potable y saneamiento, plantean en primer lugar el objetivo que debe perseguir la CRA y la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios al aplicar las normas de su competencia, el cual consiste en mantener y extender la cobertura de esos servicios. De igual manera, aborda la aplicabilidad de la Ley 142 en la generación de agua en cuanto se refiere al desarrollo de pozos, la desalinización y otros procesos similares. Se establecen las funciones del Ministerio de Desarrollo[250], y del Viceministerio de Vivienda, Desarrollo Urbano y Agua Potable[251]; se determinan las fórmulas tarifarias para empresas de acueducto y saneamiento básico; así como los costos de protección de las fuentes de agua y la recolección, transporte y tratamiento de los residuos líquidos; se instaura el financiamiento y asesoría estatal para las entidades prestadoras de servicios público y por último se permite que los municipios desarrollen esquemas de financiación de inversiones en agua potable y alcantarillado utilizando para tal fin el sistema de valorización de predios.

Una vez detallado el contenido del (TITULO IX- CAPÍTULO I), es preciso entrar a desarrollar la manera en que funciona la prestación del servicio público domiciliario de agua potable conforme a las disposiciones de la Ley 142 de 1.994 y demás normas que la reglamentan y/o adicionan. Así las cosas, y en atención al artículo 14.22. del RSPD, este servicio se define como "*la distribución municipal de agua apta para el consumo humano, incluida su conexión y medición*", teniendo el Estado las funciones de planeación, regulación y vigilancia sobre la prestación.

En consecuencia, la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico (CRA) por su parte, en el Artículo 1.3.4.2 de la Resolución 151 de 2.001, ha fijado que *"es competencia de los municipios que ejercerán en los términos de la Ley y de los reglamentos que con sujeción a ella expidan los Concejos, dentro de sus competencias constitucionales y legales, asegurar que se preste a los habitantes del municipio de manera eficiente los servicios domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo por personas prestadoras de servicios públicos de carácter oficial, privado o mixto, o*

[250] Hoy Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible.
[251] Hoy Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, que cuenta con un viceministerio de Agua.

directamente por la administración central del respectivo municipio, siempre y cuando cumplan con el artículo 6 de la Ley 142 de 1.994"[252].

Esto denota una responsabilidad de la prestación del servicio de agua potable en cabeza de los municipios, razón por la cual debe garantizarlo[253] ya sea prestándolo de manera directa, sometido a las mismas reglas que serían aplicables a otras entidades prestadoras de servicios públicos, cuando las características técnicas y económicas del servicio, y las conveniencias generales lo permitan y aconsejen, que se entenderá que ocurre[254]: i) cuando habiendo hecho invitación pública a las empresas de servicios públicos, no haya habido empresa alguna que se ofreciera a prestarlo; ii) cuando, no habiendo empresas que se ofrecieran a prestar el servicio, y habiendo hecho los municipios invitación pública a otros municipios, al Departamento del cual hacen parte, a la Nación y a otras personas públicas o privadas para organizar una empresa de servicios públicos que lo preste, no haya habido una respuesta adecuada; iii) cuando, aun habiendo empresas deseosas de prestar el servicio, haya estudios aprobados por el Superintendente que demuestren que los costos de prestación directa para el municipio serían inferiores a los de empresas interesadas, y que la calidad y atención para el usuario serían, por lo menos, iguales a las que tales empresas podrían ofrecer.

Lo anterior significa que "solo en determinadas circunstancias y previo cumplimiento de varios pasos y requisitos, puede el municipio prestar directamente los servicios, como lo establece el artículo 5 de la Ley 142, lo que implica que el municipio contrate su prestación con una E.S.P."[255], constituyéndose aquí la prestación indirecta a través de

[252] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-139 de 2.016. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio. Bogotá D.C. 2.016.
[253] Numeral 19 del artículo 6 de la Ley 1551 del 6 de julio de 2.012, "Por la cual se dictan normas para modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios".
[254] Ley 142 de 1994, artículo 6.
[255] RAMÍREZ, Claver. GÓMEZ Bernardo. *Comentarios al Régimen Constitucional y Legal de los Servicios Públicos Domiciliarios*- Acueducto y Alcantarillado en los pequeños municipios. Primera edición. Biblioteca Jurídica Diké. Medellín. 2.001. Pág. 119

empresas que en el sector se han posicionado como monopolios naturales[256], que según la teoría económica y como se mencionó anteriormente, no son dañinos para la sociedad mientras exista un marco regulatorio que abra los mercados[257].

Así las cosas, cuando el servicio de acueducto va a ser prestado por una E.S.P., esta para iniciar la operación tiene la obligación legal de obtener las licencias o permisos ambientales y sanitarios que la índole misma de sus actividades haga necesarias, teniendo también que conseguir la concesión con las autoridades competentes[258] para usar el recurso hídrico[259]. El artículo 39.1 del RSPD, por su parte, señala al contrato de concesión de aguas, como un contrato especial, autorizado para la gestión de los servicios públicos, definiéndolo como: *"un contrato limitado en el tiempo, que celebran las entidades a las que corresponde la responsabilidad de administrar aquellas, para facilitar su explotación o disfrute. En estos contratos se pueden establecer las condiciones en las que el concesionario devolverá el agua después de haberla usado".*

Este tipo de contratos de concesión es regulado por la Ley 80 de 1.994[260], así como por el Decreto-Ley 2811 de 1.974[261], Decreto 1541 de 1.978[262], Ley 99 de 1.993[263], Ley 633 de

[256] Se conoce como Monopolios Naturales aquellas estructuras de mercado en los que, debido al incipiente desarrollo del mercado en un determinado sector, no hay más interesados en competir, o debido a que la buena calidad y bajo precio de un productor, logran desplazar o desmotivar la competencia.

[257] SALAMANCA LEÓN, Jaime. *Revista Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico* No. 8. ISSN 0123-370X. 2.002. Pág. 64 Ese marco regulatorio que abra los mercados, lo debe hacer hasta el punto de generar una amenaza real y creíble de que un nuevo prestador pueda entrar, lo cual permite obtener ventajas de la competencia en precio y calidad del prestador actual.

[258] El numeral 9° del artículo 31 de la Lay 99 de 1.993, establece dentro de las funciones de las Corporaciones Autónomas Regionales: "Otorgar concesiones, permisos, autorizaciones y licencias ambientales requeridas por la ley para el uso, aprovechamiento o movilización de los recursos naturales renovables o para el desarrollo de actividades que afecten o puedan afectar el medio ambiente. Otorgar permisos y concesiones para aprovechamientos forestales, concesiones para el uso de aguas superficiales y subterráneas y establecer vedas para la caza y pesca deportiva".

[259] Ley 142 de 1.994, artículo 25.

[260] Ley 80 del 28 de octubre de 1.994. "Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública". Artículo 32. (…) 4. Contrato de concesión: Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio

2.000[264], Acuerdos de los Consejos Directivos de las Corporaciones Autónomas Regionales y actos administrativos de los grandes centros urbanos; esta sujeción a la concesión se debe a que se trata de una actividad que requiere la utilización, implementación y construcción de infraestructura para derivar de las aguas[265].

Las concesiones a la luz del artículo 60 del Decreto 2811 de 1.974 están sometidas, en todo caso, a un término de duración y son conferidas teniendo en cuenta la naturaleza y duración de la actividad económica para la que se otorga, y está sujeta a la disponibilidad del recurso y a las necesidades que imponga el objeto para el cual se destina. En todo caso, y atendiendo a lo dispuesto por el artículo 39 del Decreto 1541, las concesiones destinadas a la prestación de servicios públicos o a la construcción de obras de interés público o social, podrán ser otorgadas por períodos hasta de cincuenta (50) años, las demás se otorgarán por un término no mayor de diez (10) años, por cuanto "e*l aprovechamiento exclusivo e ilimitado en el tiempo de las aguas resulta incompatible con el deber estatal de protección de los recursos naturales, el principio de desarrollo sostenible, y el deber de planificar el aprovechamiento y gestión de estos recursos"*[266].

---

por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden. (…)

[261] Decreto-Ley 2811 del 18 de diciembre de 1.974, "por el cual se dicta el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente".

[262] Decreto 1541 del 28 de julio de 1.978 "por el cual se reglamenta la Parte III del Libro II del Decreto-Ley 2811 de 1974: "De las aguas no marítimas" y parcialmente la Ley 23 de 1.973".

[263] Ley 99 del 22 de diciembre de 1.993, **"**por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA, y se dictan otras disposiciones**".**

[264] Ley 633 del 29 de diciembre de 2.000, "Por la cual se expiden normas en materia tributaria, se dictan disposiciones sobre el tratamiento a los fondos obligatorios para la vivienda de interés social y se introducen normas para fortalecer las finanzas de la Rama Judicial".

[265] RODRÍGUEZ, Gloria Amparo. LOZANO, Carlos. GÓMEZ, Andrés. *Protección Jurídica del Agua en Colombia.* Colección Ambiente y Desarrollo Sostenible 1. Universidad del Rosario. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá D.C. 2.011. Pág.158

[266] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 094 de 2.015. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva. Bogotá D.C. 2.015.

Muy a pesar que el ordenamiento jurídico colombiano se refiere al contrato de concesión de aprovechamiento y uso de las aguas superficiales, este se debe considerar más como una mera autorización administrativa que como un verdadero contrato, la cual permite a una persona la utilización, aprovechamiento y uso de las aguas de dominio público por un tiempo limitado, bajo ciertas reglas impuestas por la misma autoridad ambiental. Se considera de esta manera, debido a que el objeto de un contrato de concesión es otorgar el uso privativo sobre un bien público, mientras que, en el otorgamiento del derecho al uso de aguas, se concede un derecho real y precario sobre el recurso hídrico; además el contrato de concesión trae consigo una contraprestación por parte del Estado que no está dispuesta a reconocer[267].

Ahora bien, mientras la concesión se le da a una E.S.P. como requisito para usar las aguas con las cuales cumplirá el objeto del contrato público de prestación del servicio de acueducto, es necesario aclarar que dicho contrato público entre el municipio y la empresa prestadora, se debe adelantar por medio de un proceso de licitación pública, regido para todos los efectos, por el Estatuto General de la Contratación Pública, solo de esta manera el ente territorial podrá suscribir el contrato mediante el cual traslada a un tercero, en forma total o parcial, la responsabilidad de prestarlo a cambio de una remuneración. Claro, esto es totalmente distinto al régimen aplicable a las empresas de servicios públicos en cuanto a su constitución, a sus actos, a los actos requeridos para su administración y al ejercicio de los derechos de todas las personas que sean socias de ellas, frente a los cuales se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado en lo no dispuesto por el RSPD[268], aplicándose esta regla a las sociedades en las que las entidades públicas sean parte, sin atender al porcentaje que sus aportantes representen dentro del capital social, ni a la naturaleza del acto o derecho que se ejerce.

[267] RODRÍGUEZ, Gloria Amparo. LOZANO, Carlos. GÓMEZ, Andrés, op Cit., pág. 160 a 162.
[268] Ley 142 de 1.994, artículo 32.

Por otro lado, las administraciones locales, para la prestación del servicio de acueducto, en atención al artículo 40 del RSPD así como del parágrafo del artículo 189[269] del Plan Nacional de Desarrollo 2.014-2.018, por medio de un contrato de concesión, adjudicado previo agotamiento de un proceso licitatorio público, pueden establecer y otorgar, áreas de servicio exclusivo, las cuales son una figura excepcional en cuanto entrañan la concesión del servicio, esto es, que ninguna otra empresa de servicios públicos pueda ofrecer los mismos servicios en la misma área durante un tiempo determinado, y sólo podrá tener lugar por motivos de interés social y con el propósito de extender la cobertura a los usuarios pobres.

En estos contratos se precisará el espacio geográfico en el cual se prestará el servicio concesionado en exclusividad y los niveles de calidad que debe asegurar y demás obligaciones en torno a la prestación del servicio. Es competencia del ente regulador verificar, antes de la apertura de la licitación, que las ASE son indispensables para asegurar la viabilidad financiera de la extensión de la cobertura a las personas de menores ingresos, razón por la cual, la Comisión Regulación de Agua, por medio de la Resolución CRA 151 de 2.001, Sección 1.3.7, definió la metodología para verificar la existencia de los motivos que permiten la inclusión de áreas de servicio exclusivo en este tipo de contratos, los lineamientos generales y las condiciones a las cuales deben someterse[270].

[269] Ley 1753 de 2015 "por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 "Todos por un nuevo país". Artículo 189 (…) PARÁGRAFO 2°. Por motivos de interés social y cuando las características técnicas y económicas de los servicios de agua potable y saneamiento básico lo requieran, se podrán implementar esquemas regionales eficientes y sostenibles para la prestación de estos servicios en los municipios, incluyendo sus áreas rurales, a través de áreas de servicio exclusivo, de conformidad con la reglamentación que para tal fin defina el Gobierno Nacional".

[270] CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA. SUBSECCION- B. consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO. Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de dos mil once (2011). Radicación número: 11001-03-26-000-2005-00067-00(32018). Actor: DARIO ALBERTO MUNERA. Demandado: COMISION DE REGULACION DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BASICO-CRA Referencia: ACCION DE NULIDAD

Otro de los contratos especiales contenido en el artículo 39 de la Ley 142 (39.4), que se rige por las disposiciones del derecho privado y representa una herramienta importante a la hora de la prestación del SPD de acueducto, en virtud de los objetivos de continuidad de la provisión y ampliación de la cobertura en el sector de agua, es el contrato de suministro de agua potable, definido en el literal e del artículo 2° de la Resolución CRA 759 de 2.016[271] como: "*Es el acuerdo de voluntades entre prestadores que tiene por objeto el suministro de agua potable por parte de un prestador proveedor*[272] *a un prestador beneficiario*[273]*, a cambio de una remuneración que cubra los costos del subsistema de suministro, para que éste la transporte y/o distribuya y comercialice entre sus usuarios*".

A propósito del contrato de suministro en estricto sentido, el artículo 968 del Código de Comercio lo define como: "*El suministro es el contrato por el cual una parte se obliga a cambio de una contraprestación a cumplir en favor de otro, en forma independiente, prestaciones periódicas o continuadas de cosas o servicios*". En tratándose de los contratos de suministro de agua, una parte se obliga a suministrar el agua potable de unos puntos de acceso previamente pactados de sus subsistemas de suministro, trasporte y/o distribución de agua potable, y la otra parte será el prestador beneficiario a

[271] Resolución CRA 759 de 2.016. "Por la cual se establecen los requisitos generales aplicables a los contratos que suscriban los prestadores de servicios públicos domiciliarios de acueducto y/o alcantarillado, para el uso e interconexión de redes y para los contratos de suministro de agua potable e interconexión; se señala la metodología para determinar la remuneración y/o peaje correspondiente y se establecen las reglas para la imposición de servidumbres de interconexión".

[272] A la luz de la Resolución CRA 759 de 2.016, capítulo I art. 2° literal j, el prestador proveedor se define como: Es el prestador del servicio público domiciliario de acueducto y/o alcantarillado o de alguna de sus actividades complementarias, que se obliga con un beneficiario a las actividades que tengan como propósito suministrar agua potable, y/o permitir la interconexión, a partir de unos puntos de acceso previamente pactados, de sus subsistemas de suministro, transporte y/o distribución de agua potable, así como de sus subsistemas de recolección, transporte, tratamiento y/o disposición final de aguas residuales

[273] A la luz de la Resolución CRA 759 de 2.016, capítulo I art. 2° literal k, el prestador beneficiario se define como: Es el prestador del servicio público domiciliario de acueducto y/o alcantarillado que suscribe un contrato de suministro de agua potable y/o de interconexión de acueducto y/o alcantarillado, con un prestador proveedor, para la prestación de dichos servicios públicos domiciliarios.

quien se le permitirá el acceso a dichos subsistemas de manera periódica o continuada en atención a lo pactado a cambio de un pago de remuneración o peaje razonable[274].

Téngase en cuenta que, en atención a la resolución referenciada en párrafos precedentes, dicha remuneración es un factor fundamental en la definición de las tarifas de los respectivos servicios para el usuario final, el mismo debe incorporar los criterios del régimen tarifario establecidos en el artículo 87 de la Ley 142 concernientes a, eficiencia económica, neutralidad, solidaridad, redistribución, suficiencia financiera, simplicidad y trasparencia.

3.2.1 Descripción del impacto de la Política de Subsidios en el Sistema General de Participaciones a la luz de RSPD.

Por otro lado, pero con el mismo objetivo de cumplir uno de los fines de la prestación de los SPD, que consiste en ampliar la cobertura a los usuarios de menores ingresos, el artículo 89 de la Ley 142 dispuso la obligación a los concejos municipales de crear los Fondos de Solidaridad y Redistribución de Ingresos, reglamentados a su vez por el Decreto 565 de 1.996, para que al presupuesto del municipio se incorporen las transferencias que a dichos fondos deberán hacer las empresas de servicios públicos. Es decir, los Fondos de Solidaridad se financian con recursos públicos provenientes del impuesto de contribución que pagan los usuarios industriales, comerciales y residenciales de los estratos 5 y 6 (el estrato 4, por regla general ni recibe ni paga subsidios).

Sin embargo, cuando los recursos generados por el impuesto no logran ser suficientes para atender la bolsa de subsidios de estratos 1, 2 y 3, los mismos deben extraerse del

[274] A la luz de la Resolución CRA 759 de 2.016, capítulo I art. 2° literal h, el Peaje de interconexión de acueducto: Es el costo en $/m³ que se obliga a pagar un prestador beneficiario a cambio del transporte de agua a través del subsistema de suministro, transporte y/o distribución de un prestador proveedor.

presupuesto nacional y de los presupuestos departamentales y municipales[275]. Para la Corte Constitucional los recursos que se destinan a la financiación de los subsidios para pagar las tarifas de los usuarios de menores recursos configuran gasto público, por lo tanto, se deben contabilizar, registrar e incorporar en los respectivos presupuestos de la Nación y de las entidades territoriales[276].

Sobre el tema de subsidios en el sector, se considera que el esquema constitucional y legal no está funcionando, muy a pesar de que la exposición de motivos del proyecto de Ley del RSPD planteaba que "*con la regulación se buscaba fortalecer el financiamiento de la inversión social en los servicios de agua potable y saneamiento básico en aquellos municipios con niveles de cobertura bajos con relación al promedio nacional"*.

En este sentido, se derivan varias reflexiones que se abordarán a continuación. La primera, relacionada con el impacto e inconveniente que representa para el Sistema General de Participaciones la destinación de un alto porcentaje de los dineros al Fondo de Solidaridad y Redistribución de Ingresos (FSRI) - (subsidio a la demanda), por la imposibilidad de lograr la sostenibilidad procedente de las contribuciones y una segunda, relativa a las prácticas poco deseables como resultado de la aplicación del modelo de subsidios cruzados, resultando como colorario una opinión sobre la implementación de dicha política.

Así pues, debido a la importancia del servicio público de agua potable, la Constitución Política en su artículo 366, instituye que *"el gasto público social tenga prioridad sobre cualquier otra asignación en los planes y presupuestos de la Nación y de las entidades territoriales"*. En atención a lo anterior, la Nación a través del Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, le transfiere recursos a las entidades territoriales para financiar agua

[275] RESTREPO SALAZAR, Juan Camilo. *Los subsidios a los servicios públicos.* Citado por el Compilador VELILLA, Marco Antonio. Los servicios públicos como instrumento de solidaridad y cohesión social del Estado. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez C. Ltda. Bogotá. 2.005. Pág. 74.
[276] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 566 de 1.995. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes. Santa Fe de Bogotá. 1.995.

potable y saneamiento básico, los cuales tienen destinación específica de acuerdo al artículo 1° de la Ley 1176 de 2.007[277] bajo la figura del Sistema General de Participaciones[278] (SGP). Ergo, los recursos del SGP para el sector se destinarán para dos objetivos: *el primero, financiar inversiones en infraestructura de acueducto, alcantarillado y aseo y el segundo para cubrir subsidios que se otorguen a los estratos subsidiables de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 99 y 100 del RSPD y en el artículo 78 de la Ley 715 de 2.001"*[279]*,* modificado por el artículo 21 de la Ley 1176 de 2.007.

Respecto a los aportes que se hacen con recursos nacionales y territoriales, vía SGP - agua y SGR cuyo propósito es la construcción de infraestructura de acueducto, vale la pena anotar que estos se concentran básicamente en los componentes de construcción de sistemas de acueducto, ampliación de los mismos, construcción de sistemas de potabilización, rehabilitación de sistemas de acueducto y otros menores[280], cuyas inversiones no son cobradas tarifariamente, razón por la cual se interpreta como un subsidio adicional denominado, (subsidio a la oferta). Recibiendo así, los usuarios dos tipos de subsidios, uno a la demanda y otro a la oferta. Finalmente, tal como plantea el profesor Betancur, la infraestructura resultante será propiedad del Distrito o Municipio, mientras que la operación y el mantenimiento quedará en cabeza de la empresa prestadora, sea esta oficial, privada o mixta.

---

[277] Ley 1176 de 2007, "Por la cual se desarrollan los artículos 356 y 357 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones".

[278] El Sistema General de Participaciones- Participación para Agua Potable y Saneamiento Básico, son los recursos que la Nación transfiere por mandato de los artículos 356 y 357 de la Constitución Política a las entidades territoriales, para la financiación del sector de Agua Potable y Saneamiento Básico en los términos de la Ley 1176 de 2007 y demás normas que le complementen, modifiquen o sustituyan. Decreto 1484 de 2014, artículo 4, **"**Por el cual se reglamenta la Ley 1176 de 2007 en lo que respecta a los recursos de la participación para Agua Potable y Saneamiento Básico del Sistema General de Participaciones y la Ley 1450 de 2011 en lo atinente a las actividades de monitoreo, seguimiento y control integral a estos recursos**",** compilado por el Decreto 1077 de 2.015, artículo 2.3.5.1.1.2.4., numeral 15.

[279] Decreto Nacional 849 del 30 de abril de 2002. "Por el cual se reglamenta el artículo 78 de la Ley 715 de 2.001".

[280] CALDERÓN. Ángela Victoria. *Análisis de la conveniencia de la asignación de los recursos del sistema general de participaciones para el sector de agua potable y saneamiento básico en la vigencia 2.011*. Editorial Universidad Militar Nueva Granada. Bogotá. 2.013. Pág. 60.

En buena hora, es menester aclarar con base en la distribución sectorial de los recursos del SGP establecido en el artículo 2° de la Ley 1176 de 2.007, modificatorio del artículo 4° de la Ley 715 de 2.001, que del monto total del SGP una vez descontados los recursos a que se refieren el parágrafo 2° del artículo 2° de la Ley 715 y los parágrafos transitorios 2° y 3° del artículo 4° del Acto Legislativo 04 de 2.007, corresponde un 5.4% a la participación para el sector de agua potable y saneamiento básico, siendo la asignación más baja dentro de los cuatro sectores a los que se refiere la ley en comento.

En este mismo orden, respecto de la destinación de los recursos de agua potable y saneamiento básico en los distritos y municipios, los recursos del SGP poseen una destinación de orden especifica como ya se anotó renglones anteriores, una de ellas relacionada con la financiación de la prestación de los servicios públicos de agua potable y saneamiento básico mediante diversas actividades según lo instituye el artículo 11 de la Ley 1176 de 2.007 otorgando adicionalmente una especial prioridad al financiamiento de las subvenciones que se otorgan a los estratos subsidiables en tratándose de los municipios de categoría 2ª,3ª,4ª,5ª y 6ª a quienes instruye a destinar como mínimo un quince por ciento (15%) de los recursos para esta actividad.

Así las cosas, la realidad socioeconómica del país, obliga a los municipios y distritos a comprometer un porcentaje mayor o igual al 15%[281] de los recursos correspondiente al sector de agua potable y saneamiento al Fondo de Solidaridad y Redistribución de Ingresos, con el ánimo de financiar de manera puntual, la actividad relacionada con los subsidios, descuidando probablemente otras actividades de gran importancia contenidas en el artículo 11 de la Ley 1176 de 2.007[282], así lo deja ver el tratadista AMADOR CABRA

[281] "*De los 1.036 municipios que integran la muestra, 524 cumplieron con la obligación de comprometer un porcentaje mayor o igual al 15% para subsidios, 501 entidades, (48%) comprometieron un porcentaje menor al 15% estas entidades no estarían cumpliendo con este requisito*" (…) Ibid. Pág. 65 – 66.

[282] Con el propósito de financiar la prestación de los servicios públicos domiciliarios de agua potable y saneamiento básico, se concentrarán los recursos de este sector en las siguientes actividades según lo establece el artículo 11 de la Ley 1176 de 2.007 en los literales: a) Los subsidios que se otorguen a los

en un estudio realizado entre los años 2.003 y 2.006 al analizar la relación entre subsidios y contribuciones, dejando en evidencia un profundo desequilibrio determinando que en el "*año 2.006 las necesidades de subsidios para agua potable ascendieron a $349 mil millones, mientras que las contribuciones cubrían solo un valor de $130 mil millones, con un desbalance de $218 mil millones, lo que significa que los suscriptores contributivos solo financiaron el 37% de los subsidios del servicio de acueducto, situación que obligó a que el 63% faltante fueran cubiertos por los FSRI con presupuestos locales reglamentados en los Decretos 565 de 1.996 y con trasferencias fiscales (SGP) del orden nacional*"[283].

De igual modo, teniendo en claro que el subsidio pretende la consecución del acceso universal a los servicios en donde se le asegure a toda la población el servicio básico de agua potable y el saneamiento, indispensables en la vida y salud de los habitantes de una comunidad, y abordando la segunda reflexión, se tiene que en Colombia se usan políticas de subsidios cruzados que no resultan eficientes, las cuales consisten en que un grupo de consumidores paguen un conjunto de cargos por encima del coste asociado a la provisión de los servicios, mientras que otros pagan muy por debajo de dicho coste, a su vez este tipo de políticas aplicadas "*tienen el efecto perverso de dar baratos los servicios*

---

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

[283] AMADOR CABRA, Luis Eduardo. *"Servicio Universal, Fondo de Solidaridad y Redistribución de Ingresos, el caso del Saneamiento Básico".* Revista de Derecho y Economía, Vol. 18. Edición especial, agosto 2.004. Págs. 53 – 76.

a las poblaciones de ingresos medios y de dar un servicio de mala calidad y caro a la población de menores ingresos sin acceso a los servicios"[284].

Los subsidios cruzados afectan principalmente la viabilidad financiera de las empresas, debido a que los usuarios y las E.S.P. reciben señales de precio equivocadas. *"En cuanto a tarifas subsidiadas, por un lado, los consumidores perciben que los servicios no cuestan y por lo tanto hay una mayor propensión al despilfarro de servicio con detrimento de los esfuerzos para conservar el recurso hídrico. De otra parte, la E.S. tiene pocos incentivos para facturar y cobrar a estos grupos cuando los costos de facturación y cobranza exceden, como se observa a menudo, el cobro asociado con la tarifa mínima (cargo fijo mínimo). En tratándose de tarifas por encima del costo, los usuarios industriales y comerciales tienen con frecuencia otras opciones para abastecerse de agua. Cuando estos usuarios deciden utilizar fuentes alternas, el problema de viabilidad financiera de la E.S. se agrava y la política de subsidio cruzado se hace menos viable por cuanto se reduce la base de ingresos más importante para la Empresa. Estos altos precios equivalen a "matar la gallina que pone los huevos de oro". Adicionalmente, las tarifas altas (por encima de la tarifa costo) y las tarifas diferenciales en función de la clasificación de usuarios también fomentan prácticas poco deseables"*[285].

Empero, los subsidios cruzados a pesar de arrastrar serias críticas como política de subvención, también posee irrefutables argumentos que destacan sus bondades. A través de este tipo de subsidios, por ejemplo, se contribuye en grado sumo a consolidar el principio constitucional de solidaridad, encaminado a combatir la injusticia social, lo cual implica de suyo un deber de colaboración entre todos los miembros del Estado para el

[284] YEPES, Guillermo. *Los subsidios cruzados en los servicios de agua potable y saneamiento.* Banco Interamericano de Desarrollo- Departamento de Desarrollo Sostenible. Washington, D. C. 2.003. Págs. 2 y 3, en http://services.iadb.org/wmsfiles/products/Publications/352883.pdf (consultada el 23 de abril de 2.017).
[285] Ibíd. Pág. 2 y 3.

logro de la materialización del objetivo de rango constitucional de mejorar la calidad de vida de los colombianos[286].

En tal sentido, independientemente de los debates sobre los porcentajes que deben asumir los estratos 5 y 6 residenciales, los industriales y comerciales[287] o los porcentajes que deben beneficiar a los estratatos subsidiables 1,2, y 3, dispuestos en el artículo 99.6 de la Ley 142, o el desequilibrio en la balanza entre los dos conceptos (subsidios y contribuciones) y muchos otros reparos sobre la política de subsidio cruzado mencionados renglones precedentes, vale la pena dejar consignado en esta tesis, que este tipo de mecanismos se hace realmente necesario en sociedades con profundas brechas socioeconómicas como la colombiana, en virtud de lograr a propósito del SPD de acueducto, acceso a los usuarios de menores ingresos y así contribuir al mejoramiento de la calidad de vida y a la generación de bienestar.

Ahora bien, con el ánimo de ir entrando de manera puntual al desarrollo de la prestación real del servicio de acueducto, es menester anunciar que funciona de una manera distinta a todos los demás, por el solo hecho de ser el agua un elemento indispensable para el mantenimiento de la vida y como se ha dicho, de unas condiciones apropiadas de salubridad, razón por la cual la Corte Constitucional desde la Sentencia T- 570 de 1.992[288] lo consideró como un derecho fundamental, aunque en principio como conexo, *"declarando la procedencia de la Acción de Tutela para el derecho al servicio de acueducto en aquellas circunstancias en las cuales se afectara de manera evidente e*

---

[286] RAMÍREZ GÓMEZ, Javier. *Prácticas de tarifas y redistribución de ingresos: Algunas apreciaciones jurídicas sobre la contribución y los subsidios.* En: Con – texto, revista de Derecho y Economía. No. 18. agosto de 2.001. Pág. 59.

[287] A juicio de profesor Luis Ignacio Betancur, (…) "*la Ley 632 de 2.000 reconoció un error de la ley 142 de 1.994 en materia de financiación de los subsidios para los pobres, fue un error sin duda en el sentido de que, se puso un tope del 20% como contribución solidaria para los estratos 5 y 6 residenciales y para industriales y comerciales. La ley 632 con buen criterio reconoció que eso era imposible así de financiar los subsidios a la demanda, y dejo en manos de los concejos distritales y municipales y de los alcaldes fijar esa sobre tasa y por eso las normas con ese complemento importante, han permitido mejorar lo que he dicho*".

[288] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- 570 de 1.992. Magistrado Ponente: Jaime Sanín Greiffenstein. Santa Fe de Bogotá. 1.992.

inminente derechos y principios constitucionales fundamentales, como la dignidad humana, la vida y los derechos de los disminuidos".

Muy a pesar de su fundamentalidad, el numeral 26.1 del artículo 26 del Decreto 302 de 2.000, compilado en el Decreto 1077 de 2.015[289], respecto de la suspensión por incumplimiento del contrato de condiciones uniformes, permiten que la entidad prestadora de los servicios públicos *suspenda unilateralmente la prestación por falta de pago por el término fijado por esta, sin exceder en todo caso de tres (3) períodos de facturación del servicio*, de la misma manera como el parágrafo del artículo 18[290] y el artículo 19[291] de la Ley 689 de 2.001, que modificaron los artículos 130 y 140 de la ley 142 respectivamente, las habilita para hacerlo, siendo que en estas disposiciones se determina que la suspensión por falta de pago procederá *"por el término que fije la entidad prestadora, sin exceder en todo caso de dos (2) períodos de facturación en el evento en que esta sea bimestral y de tres (3) períodos cuando sea mensual".*

Pero debe tenerse en cuenta que en acueducto impera el suministro continuo, lo que significa que aun cuando las facturas dejadas de cancelar prestan mérito ejecutivo de acuerdo con las normas del Derecho Civil y Comercial para exigir el pago ante la jurisdicción ordinaria o bien ejerciendo la jurisdicción coactiva, las empresas prestadoras sin llegar a suspender la totalidad del servicio tienen la obligación legal de suscribir convenios de pago, en cuotas módicas con los usuarios o suscriptores que no cuentan con suficientes recursos para pagar oportunamente por el servicio prestado. Todo el tema

[289] Artículo 2.3.1.3.2.5.23. Decreto 1077 de 2.015.

[290] Ley 689 de 2.001. Artículo 18, modifíquese el artículo 130 de la Ley 142 de 1.994. **Parágrafo:** Si el usuario o suscriptor incumple su obligación de pagar oportunamente los servicios facturados dentro del término previsto en el contrato, el cual no excederá dos períodos consecutivos de facturación, la empresa de servicios públicos estará en la obligación de suspender el servicio. Si la empresa incumple la obligación de la suspensión del servicio se romperá la solidaridad prevista en esta norma".

[291] Ley 689 de 2.001. Artículo 19. Modificase el artículo 140 de la Ley 142 de 1994, el cual quedará así: "Artículo 140. Suspensión por incumplimiento. El incumplimiento del contrato por parte del suscriptor o usuario da lugar a la suspensión del servicio en los eventos señalados en las condiciones uniformes del contrato de servicios y en todo caso en los siguientes: La falta de pago por el término que fije la entidad prestadora, sin exceder en todo caso de dos (2) períodos de facturación en el evento en que ésta sea bimestral y de tres (3) períodos cuando sea mensual y el fraude a las conexiones, acometidas, medidores o líneas (…).

de la suspensión, se abordará de manera más detallada en el desarrollo jurisprudencial que sigue.

3.3 DESARROLLO JURISPRUDENCIAL DE LA DOTACIÓN DEL SISTEMA EN EL SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO DE ACUEDUCTO EN COLOMBIA, A PARTIR DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1.991.

En el desarrollo de la investigación se consideró importante realizar una línea jurisprudencial acerca de la *dotación del sistema*[292], entendida como la cantidad de agua promedio diaria por habitante que debe suministrar el sistema de acueducto, debido a que en el estudio sobre la legislación en materia de agua potable, se evidenció la manera vehemente en que la Corte Constitucional no solo ha tutelado el derecho fundamental al agua, sino que ha prohibido a las empresas prestadoras la suspensión del servicio por no pago, ordenado la reconexión como una extensión de la garantía de los derechos de cierta parte de la población.

En cuanto al derecho fundamental al agua, reconocido también explícitamente por la Asamblea General de las Naciones Unidas a través de la Resolución 64/292 del 28 de julio de 2010, como el *Derecho Humano al Agua y al Saneamiento*, y adoptado en noviembre de 2.002 por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales a través de la Observación General N.º. 15, la cual define el derecho al agua como "*el derecho de cada uno a disponer de agua suficiente, saludable, aceptable, físicamente accesible y asequible para su uso personal y doméstico*"[293]*.* se tiene que en Colombia indudablemente, este derecho hace parte del Bloque de Constitucionalidad en virtud de la ratificación del Pacto de Derechos Sociales, Económicos Y Culturales- PIDESC –Ley 74 del 1.968 y del artículo 93 de la Constitución Política que obliga a que prevalezcan en el orden interno los Tratados y Convenios Internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos.

[292] Se entiende por dotación del sistema, la cantidad de agua promedio diaria por habitante que suministra el sistema de acueducto, expresada en litros por habitante por día. COMISIÓN DE REGULACIÓN DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BÁSICO (CRA). Resolución CRA 151 del 23 de enero de 2.001.

[293] DEPARTAMETO DE ASUNTOS ECONÓMICOS Y SOCIALES DE NACIONES UNIDAS. *Decenio INTERNACIONAL PARA LA ACCIÓN: "EL AGUA FUENTE DE VIDA" 2005-2015",* en: http://www.un.org/spanish/waterforlifedecade/pdf/facts_and_figures_human_right_to_water_spa.pdf (consultada el 26 de noviembre de 2.017)

Lo anterior, ha sido determinado así por la jurisprudencia, independientemente que dicha observación posee el carácter de doctrina en el Derecho Internacional Público, lo cual impide que sea clara y sin discusión su vinculación al Bloque de Constitucionalidad[294], pero su fundamentalidad no obliga a su gratuidad en tratándose de la prestación, por cuanto en tanto, los DESC son derechos fundamentales prestacionales, lo que significa que *"los Estados deben implementarlos progresivamente en la medida en que sus recursos lo permitan, teniendo que realizar todas aquellas acciones que conduzcan a su cumplimiento real"*[295].

En Colombia, el reconocimiento del DHA, ha obligado a que se garantice la prestación de un abastecimiento mínimo vital[296] al que tienen derecho todos los colombianos que estén en condiciones de vulnerabilidad, es decir, una cantidad de agua promedio diaria por habitante que debe suministrar el sistema de acueducto como mínimo, para satisfacer las necesidades básicas de bebida, alimentación o cocción de alimentos, la limpieza y el saneamiento; esto es la *dotación del sistema*, tema tan tratado por la Jurisprudencia del Alto Tribunal, atendiendo a criterios internacionales. Dicho mantenimiento del mínimo vital sin costo, se ha traducido a que las cargas económicas de la prestación sean asumidas por quienes decidieron tomar como empresa la prestación de los Servicios Públicos Domiciliarios, a pesar de ser el Estado el obligado a garantizar el derecho, bien sea a través del régimen de los servicios públicos domiciliarios o del derecho ambiental, esto es, porque el mismo no posee fuente de financiación[297].

---

[294] GÓMEZ REY, Andrés. RODRÍGUEZ, Gloria Amparo. *El derecho fundamental al agua, desde el Derecho Ambiental y los Servicios Públicos Domiciliarios*. Editorial Universidad del Rosario y Legis S.A., Colección "Precedentes". 2013. Pág. 43.

295 MOTTA VARGAS, Ricardo. El derecho humano al agua potable: entre un reconocimiento popular y jurisprudencial. Misión Jurídica. Revista de Derecho y ciencias sociales. Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca. 2.011. Pág. 262. Tomado de: file:///C:/Users/Usuario/Downloads/DialnetElDerechoHumanoAlAguaPotable-5167562.pdf

296 El concepto de "mínimo vital", fue reconocido por la Corte Constitucional a partir de la Sentencia T- 578 de 1.992. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. Bogotá D.C. 1.992.

297 GÓMEZ REY, Andrés. RODRÍGUEZ, Gloria Amparo. Óp. Cit. Págs. 26, 27, 72 y 73.

Es importante aclarar que las sentencias de la Corte Constitucional sobre el carácter oneroso de los Servicios Públicos Domiciliarios se concilian con las sentencias de mínimo vital de agua de la misma Corte, en tanto en cuanto en primer lugar, todas convergen en que el contrato de condiciones uniformes es de carácter oneroso tal y como lo concibe el artículo 128 del RSPD y "*los pagos que los usuarios o suscriptores realizan como contraprestación a los servicios recibidos permite asegurar el equilibrio económico y financiero de las empresas, incentiva la participación de los particulares en el mercado de los servicios públicos y asimismo permite que el Estado pueda establecer políticas de orden social con miras a asegurar la prestación de los servicios domiciliarios a las personas de escasos recursos"*[298]; y en segundo lugar, la jurisprudencia también determina que se le debe garantizar el abastecimiento mínimo vital sin costo, a sujetos que merecen especial protección constitucional, conminando a las empresas a instalar un restrictor en el flujo del agua que garantice el abastecimiento del líquido en las cantidades mínimas necesarias por persona por día.

Ahora, en cuanto a la regulación por parte de la CRA de la *dotación del sistema*, se encontró que la Comisión respecto de la cantidad de provisión de agua solo ha definido el consumo básico, considerándolo aquel (…) *"destinado a satisfacer las necesidades esenciales de consumo de las familias"* (…) *tales como* (…) *"lavado de ropas, sanitario, ducha, lavado de platos, aseo de vivienda, consumo propio y lavado de manos",* concepto que a juicio de la misma CRA y del Ministerio de Vivienda, no se relaciona con las dotaciones mínimas por persona, a las cuales hace referencia la Corte Constitucional en sus diversos pronunciamientos sobre el mínimo vital, estimado este en 50 litros al día por persona.

Lo expuesto se debe a que la CRA carece de competencia para regular aspectos relacionados con este mínimo vital, razón por la cual en el documento de trabajo, *proyecto general de rango de consumo básico*, recomendó la necesidad de generar un marco

[298] Sentencia 752 de 2.011. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio. 2.011.

jurídico con fuerza de ley que la faculte para ello y que permita la aplicación del beneficio del mínimo vital en el cual se preserven los criterios de suficiencia financiera de los prestadores, así como los demás preceptos contenidos en la Ley 142 de 1.994, la prohibición de exonerar del pago; se señalen las personas que tienen derecho al mínimo vital, los principios que lo orientan, la fuente de los recursos, etc.[299].

Presentado lo anterior e iniciando el desarrollo jurisprudencial que asiste a este capítulo, es preciso explicar que, para realizar el desarrollo jurisprudencial referido, se utilizó la técnica del análisis dinámico de precedentes con la metodología propuesta por el profesor DIEGO EDUARDO LÓPEZ MEDINA, quien considera que *"la línea jurisprudencial es una idea abstracta, que puesta sobre un gráfico es una pregunta o un problema jurídico*[300] *bien definido, bajo el cual se abre un espacio abierto de posibles respuestas que la jurisprudencia ha dado al problema"*[301].

Para el encabezado de la línea se tuvo en cuenta uno de los objetivos específicos que se planteó en este trabajo, en cuanto al *análisis de las decisiones judiciales proferidas por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado respecto de los servicios públicos domiciliarios*, esto es, se plantea una línea que permite descubrir la discrecionalidad con que cuentan las empresas prestadoras para suspender la prestación del servicio público de Agua Potable frente a la falta de pago de los usuarios o suscriptores, motivo por el cual se plantea la siguiente pregunta:

---

[299] SANTANA, María del Carmen. BONILLA, Juan Fernando. CASTILLO, Carlos Andrés. RANGO DE CONSUMO BÁSICO. Documento de trabajo proyecto general. Comisión de Regulación de Agua potable y Saneamiento Básico y Ministerio de Vivienda. 2.015, en https://tramitesccu.cra.gov.co/normatividad/admon1202/files/Documento_de_Trabajo_y_Participaci%C3%B3n_Ciudadana_750.pdf (consultado el 10 de mayo de 2.017).

[300] "El problema jurídico es la pregunta que encabeza la línea de jurisprudencia y que el investigador intenta resolver mediante la identificación y la interpretación dinámica de varios pronunciamientos judiciales…" LÓPEZ MEDINA, Diego. El derecho de los jueces. Editorial Legis Editores S.A. Octava reimpresión. Bogotá, 2.009. Pág. 147.

[301] LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *El derecho de los Jueces.* Octava reimpresión. Editorial Legis Editores S.A. Bogotá, 2009. Pág. 139

¿Las Empresas Prestadoras del Servicio Público de Agua Potable gozan de plena autorización legal para suspender la prestación del servicio por falta de pago?

Ahora se identifican dos posibles respuestas extremas y opuestas, solo una de ellas será el resultado del estudio sistemático que se haga de las decisiones al final del ejercicio, estas son:

Respuesta 1. Las empresas prestadoras pueden suspender la prestación del servicio totalmente en casos de incumplimiento sucesivo en el pago de los precios pactados en los contratos de condiciones uniformes, lo cual es constitucional.

Respuesta 2. Las Empresas prestadoras frente a la falta de pago deben garantizar el mínimo vital de agua al día por persona, en las residencias que se enmarcan en las reglas establecidas por la Corte Constitucional aplicables a casos relacionados con el acceso al agua potable.

Posteriormente se estableció un punto arquimédico de apoyo, constituido por la sentencia T-761 de 2.015[302] por ser de los pronunciamientos más reciente sobre la suspensión del servicio del agua a sujetos de especial protección y garantía del mínimo vital de agua al día por persona, en la cual se localizaron las sentencias por esta citadas, luego con un proceso de "ingeniería reversa", se estableció un "nicho citacional" importante que permitió seguir con el proceso. Ejercicio que fue la clave para seleccionar fallos que permitieron distinguir a la sentencia Sentencia T-891 de 2.014[303] como la "sentencia hito", la cual recogió la jurisprudencia de la Corte Constitucional precisamente sobre las reglas aplicables a los casos relacionados con el acceso al agua potable.

[302] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-761 de 2.015. Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos. Bogotá D.C. 2.015.
[303] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-891 de 2.014. Magistrado Ponente: María Victoria Calle Correa. Bogotá D.C. 2.014.

Así mismo, se identificó el primer pronunciamiento de la Corte Constitucional que se refiere a las cantidades mínimas de agua que una persona necesita por día para asegurar la satisfacción de todas las necesidades de salud, la cual se conoce como sentencia fundadora de la línea propuesta, que para el caso en estudio fue la Sentencia T- 546 de 2.009[304]. Este pronunciamiento determinó que no en todo caso de incumplimiento es válido suspender los servicios públicos domiciliarios, en el sentido de cortar totalmente el suministro de los mismos, pero si llegase a presentarse una reconexión fraudulenta, la consecuencia es la pérdida del derecho fundamental. Esta decisión fue la primigenia en referirse a las cantidades mínimas, expresadas en litros, en atención a las cifras suministradas en las publicaciones de la Organización Mundial de la Salud (OMS) desde el año 2.007.

Finalmente se obtuvo el resultado que se muestra en la siguiente tabla que permite observar las dinámicas de las decisiones colegiadas al interior de la Corte:

Tabla 1. Problema Jurídico: ¿Las empresas prestadoras del Servicio Público de Agua Potable gozan de plena autorización legal para suspender la prestación del servicio por falta de pago?

Respuesta 1. Las empresas prestadoras pueden suspender la prestación del servicio totalmente en casos de incumplimiento sucesivo en el pago de los precios pactados en los contratos de condiciones uniformes, lo cual es constitucional.		**Respuesta 2.** Las Empresas prestadoras frente a la falta de pago deben garantizar el mínimo vital de agua al día por persona, en las residencias que se enmarcan en las reglas establecidas por la Corte Constitucional aplicables a casos relacionados con el acceso al agua potable.
	SENTENCIA FUNDADORA DE LÍNEA	Sentencia T- 546 de 2.009
Sentencia C-150 de 2003		
		Sentencia T-614 de 2.010
		Sentencia T-717 de 2.010
		Sentencia T-740 de 2.011

[304] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T sentencia T 546 de 2.009. Magistrada Ponente: María Victoria Calle Correa. Bogotá D.C. 1.992.

	Cambio de línea en cuanto a los litros de agua que una persona necesita por día (20 litros de agua)	-Sentencia T-752 de 2.011
		Sentencia T-980 de 2.012
		Sentencia T-077 de 2.013
		Sentencia T-348 de 2.013
	SENTENCIA HITO	Sentencia T-891 de 2.014
		Sentencia T-641 de 2.015
	PUNTO ARQUIMÉDICO	Sentencia T-761 de 2.015
	Cambio de línea en cuanto a los litros de agua que una persona necesita por día (20 litros de agua)	SENTENCIA T-139 de 2.016
	Litros de agua que una persona necesita por día (50 litros de agua)	Sentencia T-140 de 2.017

De todo lo anterior se concluye que para el 2.003, tal y como se aprecia en la Sentencia C- 150 de ese mismo año, la Corte mientras decidía la constitucionalidad de las disposiciones que exigen a las empresas prestadoras la suspensión de servicios públicos domiciliarios como consecuencia de la falta de pago por el suscriptor o usuario de los mismos, contenidas en la Ley 142, determinó que en virtud del carácter oneroso del contrato de prestación del servicio público domiciliario, el usuario debe pagar a la empresa respectiva una suma de dinero como contraprestación, además reiteró que el componente de solidaridad, propio del Estado Social de Derecho, implica que todas las personas deben contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado a través de las empresas prestadoras de servicios públicos, dentro de conceptos de justicia y equidad; en palabras de los profesores ANDRÉS GÓMEZ REY Y GLORIA AMPARO RODRÍGUEZ, (…) "*la suspensión es una sanción al suscriptor, pero a su vez es una medida para proteger su patrimonio e impedir que la deuda u obligación monetaria aumente, sobre todo en aquellos casos de solidaridad entre el propietario del bien y el arrendatario*"[305].

Con base en lo referido, el Alto Tribunal fijó que el incumplimiento de la obligación de pagar por la prestación del servicio puede acarrear tanto la suspensión de la prestación,

[305] GÓMEZ REY, Andrés. RODRÍGUEZ, Gloria Amparo. Óp. Cit. Pág. 63.

como la imposición de sanciones a cargo del usuario, como por ejemplo el cobro de los intereses de mora. De tal suerte que no resulta vulnerado el principio de continuidad de los servicios públicos por la suspensión del suministro a los usuarios que incumplen con su obligación de pagar. En efecto, el usuario a quien se le suspende la prestación del mismo, tiene el derecho a que se le reinicie su suministro, siempre y cuando sufrague lo adeudado. Esto significa que la empresa prestadora puede suspender la prestación del servicio de manera total en casos de incumplimientos sucesivos en el pago de los precios pactados en los contratos de condiciones uniformes.

Sin embargo, hizo una separación en materia de tutela, pues consideró que las Empresas cuando vayan a suspender el servicio deben respetar unos derechos específicos como el debido proceso, en conexidad con el principio de buena fe de los usuarios, y deberán abstenerse de suspender arbitrariamente el servicio a ciertos establecimientos usados por personas especialmente protegidas por la Constitución, es decir, *"para no suspender el servicio y de esta manera garantizar la continuidad y la calidad, se requiere que el suscriptor sea un sujeto especialmente protegido, que la suspensión del servicio tenga como consecuencia el desconocimiento o afectación de derechos constitucionales, que la suspensión del servicio impida el funcionamiento de hospitales, escuelas y otros establecimientos también especialmente protegidos en razón a sus usuarios, o afecte gravemente las condiciones de vida de toda la comunidad"*[306].

Lo aquí planteado no es criterio para pensar que la Corte consiente el no pago de las facturas, por el contrario, su posición ha sido enfática como se aprecia en la referida sentencia C- 150, cuando indicó que *"la persona que se abstiene de pagar por los servicios públicos que recibe, no sólo incumple sus obligaciones para con las empresas que los prestan, sino que no obra conforme al principio de solidaridad y dificulta que las empresas presten los servicios con criterios de eficiencia (artículo 365 C.P.), lo cual pugna con los principios sociales que consagra la Carta para orientar la prestación, regulación y control de los servicios públicos".*

[306] Ibid. Págs. 66 y 67.

Ya para el 2.009 se refirió a las cantidades mínimas de agua que las personas requieren por día, considerando en su momento que debían ser fijadas por la Empresa de Servicios Públicos, teniendo como orientación las cifras suministradas en las publicaciones de la Organización Mundial de la Salud (OMS), que como ya se mencionó datan desde 2.007, y, las cifras internacionales revelan que se necesitan entre 50 y 100 litros de agua por persona por día para asegurar la satisfacción de todas las necesidades. También dejó en claro su posición de que las empresas no pueden cortar totalmente el suministro de agua potable cuando en el domicilio viven niños, pero no puede la Corte tutelar el derecho fundamental al suministro de agua potable, a la vida y a la salud de los niños que habitan en una residencia donde se reconecte ilegalmente el acueducto, sentando en este punto su posición.

En 2.010 de manera clara amplía la protección del derecho al agua, cuando de manera taxativa fija que las Empresas no deben suspender el servicio de agua potable en los domicilios donde residen sujetos de especial protección constitucional aun cuando los acuerdos de pago sean incumplidos, conminándolas a instalar un restrictor en el flujo del agua que garantice por lo menos 50 litros de agua por persona al día, decisión tomada atendiendo los pronunciamientos internacionales, quitándole la discrecionalidad a las Empresas de estipular la cantidad de litros a proveer. Bajo este mismo criterio se encierran las sentencias: T-717 de 2.010, T-740 de 2.011, T-980 de 2.012, T-077 de 2.013, T-348 de 2.013, T-891 de 2.014, T-641 de 2.015 y T-761 de 2.015.

Se percibe una transición en las Sentencias T-614 de 2.010 y T-717 de 2.010, en cuanto a la potestad de las Empresas de suspender completamente la prestación del servicio por falta de pago y la limitación a la potestad de suspender completamente el servicio público de agua potable, supeditada a la garantía de que los fluidos esenciales lleguen a los lugares donde se encuentren menores de edad y demás establecimientos donde suelan acudir o permanecer niños; así como a los hogares donde vivan sujetos de especial protección constitucional, bajo el marco de un análisis de legitimidad, que pondere la afectación sufrida en caso de la interrupción de los servicios públicos, siempre que el

suscriptor o usuario que debe responder por el pago, carezca de capacidad económica para asumirlo.

Además, mientras por una parte consideró que las empresas están habilitadas por regla general para suspender el servicio público de acueducto, ante el incumplimiento de las obligaciones debidamente facturadas, en el número de veces y en las condiciones establecidas por la ley, por la otra fijó una serie de condiciones que las empresas prestadoras de servicios públicos, sean estas públicas o privadas, deben observar al momento de tomar la determinación de suspender totalmente el servicio de agua potable a un inmueble donde habitan sujetos de especial protección constitucional.

Como ya se mencionó, la sentencia hito T-891 de 2.014 realizó una reconstrucción del precedente judicial relacionado con las reglas jurisprudenciales aplicables a los casos de corte del servicio de agua a sujetos de especial protección constitucional, cuando se pretenda proteger su derecho fundamental al mínimo vital de agua. La providencia compendió las siguientes pautas:

1. *En el caso de las viviendas clasificadas en nivel uno (1) del Sisbén, debe presumirse que la falta de pago no justifica la desconexión del servicio de acueducto;*
2. *No puede suspenderse el servicio, pese al incumplimiento sucesivo de pago, si la desconexión viola el debido proceso, afecta derechos constitucionales de sujetos de especial protección, entorpece el funcionamiento de establecimientos protegidos o afecta las condiciones materiales de existencia de un grupo;*
3. *En casos de desconexión los sujetos de especial protección constitucional tienen la carga de informar que el corte afecta a un sujeto que ostenta dicha calidad, que con ella se pueden afectar derechos fundamentales, y que el incumplimiento en el pago se generó a partir de "circunstancias involuntarias, insuperables e incontrolables";*
4. *El contenido del derecho al igual incluye las características de disponibilidad, calidad, accesibilidad, asequibilidad y aceptabilidad;*
5. *La tutela no resulta procedente para acceder a la reconexión cuando el accionante utilizó medios ilegales para hacerse al preciado líquido.*

En la Sentencia T-139 de 2.016 se vislumbra un cambio de línea en lo que respecta a la dotación del sistema, toda vez que la Corte ordena al ente territorial prestador, garantizar a la comunidad por lo menos 20 litros de agua por persona al día, empleando el medio que considere más adecuado para el efecto; aunque ya en Sentencia T-752 de 2.011 había ordenado el suministro de igual cantidad de litros de agua por persona al día de forma gratuita, instalando un reductor de flujo en la vivienda del accionante que por falta de pago le habían suspendido el servicio aun cuando en la misma vivían niños.

Todo el desarrollo jurisprudencial que hace la Corte sobre la suspensión del acceso al servicio de agua potable y el mínimo vital, es atendiendo al Bloque de Constitucionalidad del cual hace parte el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales[307], en el entendido que los Estados partes deben garantizar la accesibilidad al agua, adoptando para tal fin las medidas necesarias. Aunque se debe hacer claridad en que los dos últimos pronunciamientos referenciados no cumplen con lo señalado por la "*Organización Mundial de la Salud, en cuanto a que estima que el umbral de 25 litros por persona por día representa el nivel mínimo para mantener la vida, y que además esta cantidad plantea problemas de salud, ya que es insuficiente para atender las necesidades de higiene básica y consumo*"[308].

Finalmente, en la Sentencia T- 140 de 2.017 revalida la fundamentalidad del derecho al agua potable, concretado como la garantía que tienen las personas a disponer de este recurso, de manera suficiente, aceptable, salubre, accesible y asequible para la satisfacción de las necesidades físicas, personales y domésticas, siendo un deber del Estado garantizar un mínimo vital en condiciones adecuadas de disponibilidad, regularidad y continuidad y a que, por lo menos, en el evento que un usuario no acredite el cumplimiento de los requisitos para obtener la conexión del servicio de acueducto, previstos en el artículo 7 del Decreto 302 de 2.000, se obliga a suministrar el mínimo del

[307] PACTO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. Artículo 27. 1.976.
[308] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 717 de 2.010. Magistrada Ponente: María Victoria Valle Correa. Bogotá D.C. 2.010.

líquido que una persona necesita para tener una vida que le asegure presupuestos de dignidad, retornando a los 50 litros por persona al día.

3.4 SOFT LAW EN MATERIA DE REGULACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE ACUEDUCTO.

En trabajos académicos como éste, donde se pretende realizar un análisis sobre la regulación de los servicios públicos, concretamente sobre el servicio público domiciliario de acueducto en Colombia, se acostumbra a seguir un patrón al momento de estudiar el marco normativo que lo distingue, abordando como punto de partida común el examen de las bases constitucionales y seguidamente la revisión del marco legal que rige el servicio que se pretende afrontar, con el ánimo de llegar así, al conjunto normativo de menor jerarquía llámense decretos y resoluciones que consagran el universo de disposiciones expedidas en virtud de generar instrumentos de intervención estatal que garanticen el cumplimiento de la cláusula del Estado Social de Derecho.

En consecuencia, es precisamente el modelo advertido sobre el que cabalga la presente investigación. De modo que, una vez observadas de manera profunda las bases constitucionales y legales, corresponderá abordar las resoluciones de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, derivadas de las facultades consagradas legalmente en los diferentes ámbitos de competencia a la luz de las

finalidades de intervención estatal[309]. Empero, no se tratará de manera lineal como generalmente lo hace la doctrina, en esta ocasión, el análisis se hará con el objetivo adicional de identificar elementos distintivos de soft law que mediante dicha regulación se haya incorporado a nuestro ordenamiento jurídico.

En línea con lo anterior y luego de una exhaustiva revisión de la regulación expedida por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, entre el año 2.010 y lo que va corrido del año 2.017, sólo se encontró dos documentos en los que se evidencias aplicación de derecho blando, a saber:

1. El Plan Estratégico Quinquenal de la CRA, en el que se identifica un punto que se refiere de manera clara y específica a una recomendación de la (OCDE), refiriéndose concretamente al objetivo de las políticas que impactan la planeación de la CRA encaminado a sentar las bases para institucionalizar el Análisis de Impacto Normativo (AIN) en la etapa temprana del proceso de emisión de las normas desde la Rama Ejecutiva, como herramienta dirigida a fortalecer la confianza, efectividad y transparencia de la normatividad. Todo lo anterior, en el marco de las buenas prácticas de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), a la cual desea ingresar Colombia, lo que exige a la CRA aplicarlo a partir de 2.018. De igual manera, a renglón seguido el mismo documento se refiere a la expedición del CONPES 3874 de 2.016 expedido en el marco de las recomendaciones de la OCDE a través del cual se establece la "Política nacional para la gestión integral de residuos sólidos", que tiene un impacto muy importante para el servicio público de aseo concretamente y para las acciones que debe desarrollar la CRA en un horizonte al año 2.030[310].

[309] COMISIÓN DE REGULACIÓN DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BÁSICO (CRA). *El Estado del Arte de la Regulación en el sector de agua potable y saneamiento básico en Colombia*. Edición de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico (CRA). Bogotá, 2.001. Pág. 141.

[310] COMISIÓN DE REGULACIÓN DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BÁSICO (CRA). *Plan Estratégico Quinquenal 2016 – 2020.* Análisis de impacto normativo.

2. Por otro lado, en el documento de trabajo de la Resolución CRA 750 de 2.016 mediante la cual se estableció el rango de consumo básico, se hace referencia a la determinación del mismo en América Latina, invocando los estudios que sobre particular realizó la CEPAL y PNUD, lo cual operó como punto guía para identificar el problema relativo al elevado nivel de consumo de agua en los hogares urbanos y rurales de Colombia. Adicionalmente, con base en los datos enunciados se ajustó dicho rango a través de la regulación emitida por la CRA[311] de tal manera que se logró equipar con los niveles identificados en los demás países de la región[312].

En consecuencia, luego de la integra revisión de la regulación expedida por la CRA a partir del año 2.010 hasta hoy, es posible anotar que en lo relativo a la incorporación de derecho blando o *sotf law* en sus disposiciones, se reconocen muy pocos elementos incorporados en nuestro ordenamiento jurídico por esa vía. Empero, esto no obsta para que en el corto plazo y en virtud del sistema de globalización imperante, se advierta un cambio significativo en dicha tendencia, donde se constituyan fuente permanente de derecho domestico las recomendaciones de organismos multilaterales tal como lo expone la doctrina.

[311] COMISIÓN DE REGULACIÓN DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BÁSICO (CRA). Resolución 750 de 2.016 CRA "*Por la cual se modifica el rango de consumo básico".* 2016.

[312] SANTANA, María del Carmen. BONILLA, Juan Fernando. CASTILLO, Carlos Andrés. RANGO DE CONSUMO BÁSICO. Documento de trabajo proyecto general. Comisión de Regulación de Agua potable y Saneamiento Básico y Ministerio de Vivienda. 2.015

3.5 CONCLUSIONES DEL CAPÍTULO

La transformación de la concepción estatal, que pasa de un Estado de Derecho a un Estado Social de Derecho con la Constituyente de 1.991, permitió que el Estado colombiano le pusiera frente a la crisis social agudizada, en gran parte por la ausencia, prestación deficiente y de mala calidad de los servicios públicos, toda vez que la noción "social" implica deberes sociales en cabeza del Estado y de los particulares a quienes se habilitó como prestadores que deben cargar de igual menara con la responsabilidad de garantizar unos SP eficientes.

En aras de cumplir con las finalidades del Estado Social de Derecho, en el que los servicios públicos se reconocen como inherentes al mismo, la Constitución Política del 91 conminó al Gobierno Nacional para presentar los proyectos de ley relativos al régimen jurídico de los servicios públicos, expidiendo el Congreso de la República en 1.992, la Ley 142 del mismo año, que contiene el régimen especial de intervención del Estado en la economía para el sector de los SPD, aplicándose tanto a prestadores particulares como públicos. Esta Ley, según el economista y profesor LUIS EDUARDO AMADOR CABRA, tiene objetivos que buscan garantizar la eficiencia y calidad en la prestación de los servicios, ampliar la cobertura, mejorar el especio a la participación privada, separar los papeles del Estado regulador y empresario, racionalizar el régimen tarifario, administrar subsidios y garantizar la participación ciudadana.

Para ese momento, el Legislador encontró que la prestación de agua potable era el sector con mayor impacto en la calidad de vida y en las condiciones de salubridad de la población, debido a que su acceso produce beneficios en términos de salud pública y calidad de vida, razón por la cual, fue necesario crear legalmente la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, que en conjunto con la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios deben propender por lograr, mantener y extender la cobertura de los servicios de agua potable, alcantarillado y aseo, así como lograr la generación de agua en cuanto se refiere al desarrollo de pozos, la

desalinización y otros procesos similares. Entendiendo que son los municipios quienes tienen la competencia de asegurar que se presten estos servicios a los habitantes de su jurisdicción de manera eficiente, ya sea por prestadores de carácter oficial, privado o mixto, o directamente por el ente territorial, para ello, por ejemplo, se le han otorgado herramientas tales como lo subsidios que permiten garantizar la provisión del SPD a los usuarios de los estratos más bajos.

Muy a pesar de toda la regulación y las normas legales, el sector presenta grandes deficiencias, sobre todo en cobertura, debido entre otras cosas, a las políticas de subsidios cruzados que no han resultado ser eficientes del todo, aunque persigan la consecución del acceso universal de los mismos y la materialización del principio de solidaridad**.** En palabras del profesor LUIS I. BETANCUR, crear una parte gratuita del servicio es inconstitucional (…) *la tarifa todo el mundo la debe pagar, porque no hay servicio gratuito, así lo dispuso la Constitución, lo gratuito lleva al despilfarro (…) la intromisión de la Corte Constitucional en temas de subsidios y mínimo vital de agua, yendo más allá de la propia Constitución, eso se ha distorsionado y ha puesto en peligro la sostenibilidad, lo que afecta a los usuarios (…) la misma Constitución, sin la intromisión de la Corte, abrió el camino para que las leyes pudieran otorgar subsidios, pero solo a los usuarios pobres, con el ánimo de ayudarles a pagar la tarifa*[313].

Hoy en día el Agua es un derecho fundamental autónomo, reconocido por la jurisprudencia, y por su relación con la vida, es que la Corte Constitucional ha tutelado el "derecho al mínimo vital de agua" en lugares en donde residen sujetos de especial protección constitucional, atendiendo a las recomendaciones de la Organización Mundial para la Salud- OMS sobre la dotación del sistema, entendida como la cantidad de agua promedio diaria por habitante que debe suministrar el sistema de acueducto. El Alto Tribunal ha dejado en claro en sus decisiones que la garantía del acceso al agua se encuentra por encima, incluso, del deber que recae en los usuarios de efectuar un pago por la prestación.

[313] Experto investigador. Dr. LUIS IGNACIO BETANCUR [Entrevista personal, marzo 06 de 2.017].

Hasta el momento no existe regulación de la CRA sobre temas de mínimo vital de agua, porque carece de competencia para regular aspectos relacionados con este, por lo cual en sus múltiples resoluciones solo ha definido el concepto de “consumo básico”. Este es un ejemplo de que las disposiciones regulatorias de la CRA contienen escasos elementos distintivos de Soft Law, es decir, en sus resoluciones no se incorpora recomendaciones de organismos multilaterales que podrían ser útiles para mejorar los estándares de calidad, cobertura, universalidad, régimen de subsidios, entre otros.

Lo anterior sin desconocer que a partir del año 2.018, la CRA deberá aplicar una recomendación de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos-OCDE, que ya se encuentra en su Plan Estratégico Quinquenal, la cual está encaminada a sentar las bases para institucionalizar el Análisis de Impacto Normativo (AIN) en la etapa temprana del proceso de emisión de las normas desde la Rama Ejecutiva, como herramienta dirigida a fortalecer la confianza, efectividad y transparencia de la normatividad.

4. CAPÍTULO IV.

ACTORES QUE INTERVIENEN EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE ACUEDUCTO EN COLOMBIA

"Contra lo que podría pensarse, la vinculación de empresarios a la prestación de servicios no debilita sino exige un fortalecimiento cualitativo del aparato estatal"

Luis I Betancur.

Es indispensable para esta investigación, exponer de manera detallada cada uno de los actores involucrados en la prestación del servicio de acueducto y sus respectivas competencias. En este orden, se identifican responsabilidades en los niveles nacionales, departamentales y municipales. Empero, vale la pena resaltar preliminarmente, el especifico deber que le compete a la Nación en lo relativo a la formulación de la política pública, la regulación, la vigilancia y el control sobre la prestación del servicio público de acueducto, asunto que se desarrollará a partir de este momento.

Ahora bien, en el nivel nacional, reposan las anunciadas competencias y responsabilidades en distintos órganos que poseen funciones específicas a propósito de dicha prestación[314], ejercida a través de los Ministerios de Salud y Protección Social, Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio y el Departamento Nacional de Planeación[315],

[314] A través del artículo 367 superior constitucional se estable que 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.

[315] Le corresponde al Departamento Nacional de Planeación (DNP) suministrar a los Alcaldes del país las metodologías adecuadas para realizar o adaptar sus estratificaciones (…) Cuando se trate de otorgar subsidios con recursos nacionales, la Nación podrá exigir, antes de efectuar los desembolsos, que se consiga certificación de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios en el sentido de que los decretos municipales de adopción fueron aplicados por las empresas correctamente al cobro de las tarifas de los servicios públicos domiciliarios. Cuando se trate de otorgar subsidios con recursos departamentales, distritales o municipales, dichas autoridades podrán ejercer un control similar. Art. 101.9 de la Ley 142 de 1.994, modificado por el artículo 4 de la Ley 732 de 2.002.

responsables de formular, implementar y hacer seguimiento a las políticas en materia de calidad de agua para consumo humano[316]. Asimismo, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, órgano rector de los recursos naturales renovables, encargado de orientar y regular el ordenamiento ambiental del territorio y definir políticas de regulación, el Instituto Nacional de Salud, encargado de coordinar la Red Nacional de Laboratorios para el Control y la Vigilancia de la Calidad del Agua para el Consumo Humano y de la administración del Sistema de Vigilancia de la calidad del agua (SIVICAP), adicionalmente la Superintendencia de Servicios Públicos realiza el control de la calidad del agua para el consumo humano sobre prestadores del servicio de acueducto[317].

En este mismo sentido, al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, le corresponde entre otras la actividad el seguimiento y control de los recursos del Sistema General de Participaciones del sector Agua Potable y Saneamiento Básico, otro actor del orden nacional que implica gran relevancia para esta tesis y sobre el cual ahondaremos en el siguiente acápite, es la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico (CRA), en particular encargada de regular el servicio, promover la competencia y regular los monopolios cuando la competencia nos sea posible[318].

Otras entidades del nivel nacional que tiene competencia en aspectos relacionados con la prestación de servicio público de acueducto son: el Instituto Agustín Codazzi, entidad rectora de los catastros, reestructurada mediante Decreto 2113 de 1.992 responsable de determinar los criterios y metodología para la elaboración y actualización del catastro nacional de la propiedad de los inmuebles y predios. Además, de contener dentro de sus funciones, la de promover la investigación y el desarrollo de metodologías de ordenamiento territorial y planificación ambiental aplicable a las entidades territoriales del

[316] El entonces director del DNP, Simón Gaviria Muñoz, afirmó que: "*Mientras que apenas el 6 por ciento de la población atendida por empresas con más de 2.500 suscriptores no recibió agua apta para el consumo humano, este porcentaje es del 58% en los prestadores con más de 2.500 suscriptores*", en: https://www.dnp.gov.co/Paginas/Dispersi%C3%B3n-de-empresas-de-acueducto-hace-necesaria-la-fusi%C3%B3n-de-algunas-de-ellas.aspx (consultada el 08 de noviembre de 2.017).

[317] Superintendencia de Servicios Públicos. *Cartilla de servicios públicos para entidades territoriales*. Bogotá. 2.012.

[318] Ibid. Pág. 10.

país[319]. Los órganos de control también son importantes en este sentido, la Procuraduría General de la Nación[320] y la Contraloría General de la República ejercen control fiscal y disciplinario a los servidores públicos y particulares que ejercen funciones públicas. Y, por último, el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), a quién le corresponde definir la metodología estadística de conformación de estratos, para la adopción de la estratificación urbana y rural, por parte de los Distritos y Municipios[321].

Por otra parte, en el nivel departamental o regional encontramos igualmente actores definitivos para el logro del propósito de prestación del servicio público domiciliario de acueducto, verbigracia las Corporaciones Autónomas Regionales, cuyas funciones fueron establecidas por la Ley 99 de 1.993 y dentro de las que resulta conveniente mencionar aquella consignada en el artículo 31° numeral 9, relativa al "*otorgamiento de concesiones, permisos autorizaciones y licencias ambientales requeridas por la Ley para el uso, aprovechamiento o movilización de los recursos naturales no renovables* (…) "*otorgar concesiones para el uso de aguas superficiales y subterráneas"* (…)*,* otros actores son, las autoridades sanitarias, las direcciones territoriales de la Superintendencia de Servicios, las Asambleas departamentales, los gestores de los Planes Departamentales

[319] Dentro de las publicaciones hechas por el IGAC que contienen una importante relación con los recursos hídricos, se desataca el "*Atlas potencial hidro energético de Colombia"*, el cual incluye aspectos hidrológicos, cartográficos, económicos, sociales y ambientales que se constituyen como herramienta fundamental para todos incluso para quienes trabajan en el sector energético, de aprovechamiento del recurso hídrico y medio ambiente (…) INSTITUTO GEOGRÁFICO AGUSTÍN CODAZZI, en: http://www.igac.gov.co/wps/portal/igac/raiz/iniciohome/productos/!ut/p/c5/04_SB8K8xLLM9MSSzPy8xBz9CP0os3hHT3d_JydDRwN3t0BXA0_vUKMwf28PIwMzE6B8JG55T1MCur30o9Jz8pOA9oSDbMat1tElvzzIJpC8AQ7gaKDv55Gfm6pfkBtRGeyp6wgA7JKCHw!!/dl3/d3/L3dDb0EvUU5RTGtBISEvWUZSdndBISEvNl9BSUdPQklxQTBHRlFFMElLVTJWT0tIMjA2Mw!!/ (consultada el 23 de octubre de 2.017)

[320] Un ejemplo claro de la relación que posee la Procuraduría General de la Nación con el sector, se evidencia en el artículo 3 de la Ley 732 de 2.002, en tanto a propósito de la función de control y vigilancia "*Los Gobernadores, so pena de sanción inmediata de la Procuraduría General de la Nación, deberán establecer qué Alcaldes fueron renuentes en el cumplimiento de los plazos establecidos en la presente ley e informar a dicha entidad a más tardar dos (2) meses después de vencidos dichos plazos, con el propósito de que ella proceda a investigarlos y a sancionarlos después de haber recibido el reporte departamental. La Procuraduría General de la Nación deberá enviar copia de la relación de los alcaldes renuentes al Departamento Nacional de Planeación, con el fin de que dicha entidad fije nuevos plazos a los alcaldes*" (…)

[321] Cartilla de servicios públicos para entidades territoriales, op. Cit., Pág. 10

de Aguas y las Gobernaciones[322], éstas últimas ejercen funciones administrativas, de coordinación, de competencia, de complementariedad de la acción municipal, de intermediación entre la nación y los municipios y de prestación de los servicios que determine la Constitución y la Ley[323].

Así pues, en el nivel local, en primera instancia se identifican las *personas habilitadas* para tal prestación, asunto sobre el que profundizaremos a continuación dada su importancia en ésta materia, las alcaldías, los concejos municipales y "distritales"[324] encargados como ya se anunció renglones anteriores, de crear los Fondos de Solidaridad y Redistribución de los Ingresos (FSRI) y además asignar recursos del presupuesto nacional y municipal para cubrir sus necesidades de financiación"[325], las personerías municipales, la contraloría municipal y en materia de vigilancia y participación ciudadana se destacan las juntas de vigilancia de servicios públicos, las juntas de acción comunal, las juntas administradoras locales, las veedurías ciudadanas y los suscriptores del servicio[326].

Finalmente, con el ánimo de analizar lo relativo a las *personas habilitadas* para la prestación de los servicios públicos en general y en caso particular sobre el "servicio público de acueducto"[327], es menester remitirse al RSPD – Ley 142 de 1.994, a través del

---

[322] Ibid. Pág. 11.

[323] Artículo 298 de la Constitución Política de Colombia "*Los departamentos tiene autonomía para la administración de los asuntos seccionales y la planificación y promoción del desarrollo económico y social dentro de su territorio en los términos establecidos por la Constitución. Los departamentos ejercen funciones administrativas de coordinación, de complementariedad de la acción municipal (…)"*

[324] Artículo 178 Ley 142 de 1.994 "*extensión a otras entidades territoriales. Para los efectos de la presente Ley, siempre que se hable de municipios, y de sus autoridades, se entenderán incluidos también los distritos, los territorios indígenas que se constituyan como entidades territoriales, y el Departamento de San Andrés y Providencia; y aquellas autoridades suyas que puedan asimilarse con más facilidad a las correspondientes autoridades municipales".*

[325] AMADOR CABRA, Luis Eduardo. *Los servicios públicos frente a las reformas económicas en Colombia*. Universidad Externado de Colombia. Primera Edición. Bogotá. 2.011. Pág. 98.

[326] *Cartilla de servicios públicos para entidades territoriales*, op. Cit. Pág. 13.

[327] Artículo 14.22 Ley 142 de 1.994. El servicio público domiciliario de acueducto. Llamado también servicio público domiciliario de agua potable. Es la distribución municipal de agua apta para el consumo humano, incluida su conexión y medición. También se aplicará esta Ley a las actividades complementarias tales como captación de agua y su procesamiento, tratamiento, almacenamiento, conducción y trasporte.

cual se definen expresamente quienes pueden prestar este tipo de servicios en Colombia. En consecuencia, el título I artículo 15 de la ley en comento versa: "*De las personas prestadoras de los servicios públicos", clasificándolas de la siguiente manera: (i) las empresas de servicios públicos (ii) Las personas naturales o jurídicas que produzcan para ellas mismas, o como consecuencia o complemento de su actividad principal, los bienes y servicios propios del objeto de las empresas de servicios públicos (iii) Los municipios cuando asuman en forma directa, a través de su administración central, la prestación de los servicios públicos, conforme a lo dispuesto en esta Ley (iv) Las organizaciones autorizadas conforme a esta Ley para prestar servicios públicos en municipios menores en zonas rurales y en áreas o zonas urbanas específicas (v) Las entidades autorizadas para prestar servicios públicos durante los períodos de transición previstos en esta Ley (v) Las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional que al momento de expedirse esta Ley estén prestando cualquiera de los servicios públicos*"[328] (…)

En línea con lo anterior, respecto de las *empresas de servicios públicos* y el régimen jurídico que les es aplicable, resulta oportuno mencionar la definición que con base en su naturaleza trae el RSPD, la cual reza: "*Las empresas de servicios públicos son sociedades por acciones cuyo objeto es la prestación de los servicios públicos de que trata esta Ley*"[329]. A su vez, según el tratadista CARLOS A. ATEHORTÚA, éstas pueden ser públicas de economía mixta o privadas que participen en la prestación de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible, *telefonía pública básica conmutada y la telefonía local móvil del sector rural*,[330] De modo que, cualquier comunidad organizada de manera diferente, no será considerada a la luz de ésta distinción como una empresa de servicios públicos domiciliarios.

[328] Artículo 15 Ley 142 de 1.994.
[329] Articulo 17 Ley 142 de 1.994.
[330] Vale la pena aclarar, que cuando el tratadista CARLOS A. ATEHORTÚA RÍOS (2.008), hizo esta asunción, la Ley 1341 de 2.009 no había sido expedida, por esa razón trata la telefonía pública básica conmutada, telefonía local móvil en el sector rural y larga distancia, como Servicios Públicos Domiciliarios.

En este sentido, la Ley 142 de 1.994, norma en los artículos 14.5, 14.6 y 14.7 lo relativo a estas empresas, dejando claro que se tratan de sociedades por acciones de modo que "*el modelo empresarial a seguir en primer lugar será el societario por acciones*"[331]. Asimismo, las tipifica según el capital que las componen, de manera que, establece los porcentajes para diferenciar las empresas de servicios públicos oficiales, mixtas y privadas. En tratándose del primer tipo, la ley en comento manifiesta que son aquellas en cuyo capital la nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquellas o éstas tienen el 100% de los aportes, sobre el segundo caso, se constituyen aquellas cuyo capital la nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o éstas tiene aportes iguales o superiores al 50% y a propósito del tercer tipo, se establecen aquellas cuyo capital pertenece mayoritariamente a particulares o entidades surgidas de convenios internacionales[332].

En lo concerniente al control, inspección y vigilancia de las empresas de servicios públicos, las actas derivadas de sus asambleas deberán conservarse y enviar copias a la superintendencia de servicios públicos domiciliarios, de igual manera, los balances y estados de pérdidas y ganancias serán compulsados al órgano de control, así como a la entidad pública que tenga la competencia por la prestación del servicio o a la comisión de regulación cuando alguna de ellas o uno de sus socios la solicite[333]. Por último, en lo referente al ámbito de operación territorial, "*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 y desarrollar su objeto en el exterior sin necesidad de permiso adicional de las autoridades colombianas*"[334].

[331] MOLINA TORRES, José Antonio. *Régimen de los servicios públicos domiciliarios*. Ediciones jurídicas G. Ibáñez. Bogotá. 1.998. Pág. 23.
[332] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 736 de 2.007. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra. Bogotá. 2.007.
[333] Artículo 19 Ley 142 de 1.994.
[334] Artículo 19. 23 Ley 142 de 1.994.

Una segunda persona interviniente en la prestación del servicio público domiciliario de acueducto son *las personas naturales o jurídicas*[335], quienes a la luz del art. 1 de la Ley 689 de 2.001 se definen como "*productores marginales independientes o para uso particular, es decir aquellas personas naturales o jurídicas que utilizando recursos propios y técnicamente aceptados por la normatividad vigente para cada servicio, produce bienes o servicios propios del objeto de las empresas de servicios públicos para sí misma o para una clientela compuesta exclusivamente por quienes tienen vinculación económica directa con ella o con sus socios o miembros o como subproducto de otra actividad principal*"[336].

Como tercera persona habilitada por el RSPD para la prestación del SPD de acueducto se identifican a los municipios, sobre el particular la norma acusada define en el artículo 5° la competencia de estas entidades territoriales en cuanto a la prestación de los mismos, destacando:

> *(i) Asegurar que se presten a sus habitantes, de manera eficiente, los servicios domiciliarios de* ***acueducto,*** *alcantarillado, aseo, energía eléctrica, por empresas de servicios públicos de carácter oficial, privado o mixto, o directamente por la administración central del respectivo municipio en los casos previstos en el artículo siguiente, (ii) Asegurar en los términos de esta Ley, la participación de los usuarios en la gestión y fiscalización de las entidades que prestan los servicios públicos en el municipio, (iii) Disponer el otorgamiento de subsidios a los usuarios de menores ingresos, con cargo al presupuesto del municipio, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 60/93 y la presente Ley, (iv) Estratificar los inmuebles residenciales de acuerdo con las metodologías trazadas por el Gobierno Nacional, (v) Establecer en el municipio una nomenclatura alfa numérica precisa, que permita individualizar cada predio al que hayan de darse los servicios públicos, (vi) Apoyar con inversiones y demás instrumentos descritos en esta Ley a las empresas de servicios públicos promovidas por los departamentos y la Nación para realizar las actividades de su competencia.*

Asimismo, la precitada ley en el artículo 6° determina aquellos casos en que los municipios prestarán directamente los servicios públicos de su competencia. Es decir,

---

[335] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 741 de 2.003. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa. Bogotá. 2.003.

[336] Artículo 1 Ley 698 de 2.001.

cuando las características técnicas y económicas del servicio, y las conveniencias generales lo permitan y aconsejen, lo cual se entenderá que ocurre en los siguientes casos:

> *(i)* "*Cuando, habiendo hecho los municipios invitación pública a las empresas de servicios públicos, no haya habido empresa alguna que se ofreciera a prestarlo (ii) Cuando, no habiendo empresas que se ofrecieran a prestar el servicio, y habiendo hecho los municipios invitación pública a otros municipios, al Departamento del cual hacen parte, a la Nación y a otras personas públicas o privadas para organizar una empresa de servicios públicos que lo preste, no haya habido una respuesta adecuada (iii) Cuando, aun habiendo empresas deseosas de prestar el servicio, haya estudios aprobados por el Superintendente que demuestren que los costos de prestación directa para el municipio serían inferiores a los de empresas interesadas, y que la calidad y atención para el usuario serían, por lo menos, iguales a las que tales empresas podrían ofrecer. Las Comisiones de Regulación establecerán las metodologías que permitan hacer comparables diferentes costos de prestación de servicios (iv) Cuando los municipios asuman la prestación directa de un servicio público, la contabilidad general del municipio debe separarse de la que se lleve para la prestación del servicio; y si presta más de un servicio, la de cada uno debe ser independiente de la de los demás. Además, su contabilidad distinguirá entre los ingresos y gastos relacionados con dicha actividad, y las rentas tributarias o no tributarias que obtienen como autoridades políticas, de tal manera que la prestación de los servicios quede sometida a las mismas reglas que serían aplicables a otras entidades prestadoras de servicios públicos"*[337].

En todo caso, cuando existan personas prestadoras interesadas en prestar el servicio público de acueducto en específico, para que el municipio continué con dicha prestación, se requiere de la aprobación de los estudios referidos reglones anteriores contenidos en el numeral 3° artículo 6° del RSPD en virtud de tener en cuenta las metodologías tarifarias existentes expedidas por la CRA y así comparar los costos de la prestación de los servicios[338].

---

[337] Artículo 6 Ley 142 de 1.994.

[338] A la luz de lo establecido en las resoluciones CRA 151 de 2.001. "Regulación integral de los servicios públicos de Acueducto, Alcantarillado y Aseo". CRA 543 de 2.011. "Por la cual se establece la metodología para la actualización de tarifas de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado, sus actividades complementarias y las actividades que realizan los prestadores de los mismos en los términos de la Ley 142 de 1.994". CRA 688 de 2.014. "Por la cual se establece la metodología tarifaria para las personas prestadoras de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado con más de 5.000 suscriptores en el área urbana" y CRA 735 de 2.015. "Por la cual se modifica, adiciona y aclara la Resolución CRA 688 de 2.014".

En línea con lo anterior, se encuentran un sin número de casos en Colombia donde los municipios han tomado la iniciativa en aras de constituirse como E.S.P, sobre el particular vale la pena mencionar de manera deliberada algunas de ellas con el ánimo de ilustrar al lector. Uno de los casos relevantes tiene que ver con la empresa pública de Medellín E.S.P, organizada bajo la figura de empresa industrial y comercial del Estado de propiedad del municipio de Medellín encargada de prestar los servicios de ***agua*** y saneamiento, energía eléctrica y gas por red a 3.6 millones de habitantes[339], otros que valen la pena traer a colación son la empresa pública de Neiva ESP, la empresa de energía del Putumayo S.A ESP, la empresa de servicios públicos del municipio de Sibaté, transformada a través del acuerdo 06 de 2.007, constituyéndose en una sociedad en comandita por acciones asociados actualmente la empresa de servicios públicos de Sibaté y la Alcaldía del municipio de Sibaté, derivándose un nuevo prestador denominado empresas públicas municipales de Sibaté S.C.A. E.S.P.[340], encargada de prestar los servicios públicos de **acueducto**, alcantarillada, aseo y servicios complementarios en el casco urbano del municipio de Sibaté – Cundinamarca[341].

En consecuencia, tal como lo expuso el profesor VELILLA en el año 2.005, "*desde hace diez años ya existía un número significativo de entidades prestadoras de servicios públicos, o múltiples formas de organización que administraban para entonces los servicios de agua potable y saneamiento básico en el país, dentro de ellas, 418 eran municipios, representando el 24.4% del total de estas entidades*"[342]. Diez años después, el director del DNP en su momento, Simón Gaviria Muñoz, afirmó que el 20% de los prestadores son Empresas Industriales y Comerciales del Estado o municipios prestadores directos del servicio público de acueducto[343], lo cual podría considerarse

[339] Empresas Públicas de Medellín EPM, en http://www.epm.com.co/site/Home/Institucional.aspx (consultado el 22 de mayo de 2.017).
[340] Empresas Públicas Municipales de Sibaté, S.C.A. E.S.P, en http://www.epmsibate.com/nosotros/historia.html (consultado el 23 de mayo de 2.017).
[341] Empresas Públicas Municipales de Sibaté, S.C.A. E.S.P, en: http://www.epmsibate.com/nosotros/historia.html (consultado el 23 de mayo de 2.017).
[342] VELILLA, Marco Antonio. *Los servicios públicos como instrumento de solidaridad y cohesión social*. Biblioteca Millennio. Bogotá. 2.005. Pág. 325.
[343] Precisiones del director del DNP, Simón Gaviria Muñoz, 19 de octubre de 2.015, a propósito de la dispersión de las empresas de acueducto, en: https://www.dnp.gov.co/Paginas/Dispersi%C3%B3n-de-

como una importante participación del Estado en la provisión del SPD de acueducto en nuestro país, en tanto, una cuarta parte del mercado está influenciada por recursos públicos.

En este mismo orden, el legislador a partir del articulado constitucional 365, orientó la prestación de los servicios públicos no solo en cabeza del Estado, particulares, sino adicionalmente a través de "*comunidades organizadas, quienes podrán prestar este tipo de servicios en municipios menores en zonas rurales y en áreas o zonas urbanas específicas*"[344]. Ergo, en virtud de reglamentar y garantizar la participación de las comunidades organizadas en la prestación y administración del Servicio Público Domiciliario de acueducto y otros, el gobierno nacional expidió el Decreto 421 de 2.000, en el que se determinan además del ámbito de aplicación la naturaleza jurídica que deben poseer estas comunidades, quienes deberán en todo caso constituirse como personas jurídicas sin ánimo de lucro.

Conviene precisar que el Decreto invocado en relación con las comunidades autorizadas para prestar los servicios públicos de agua potable y saneamiento básico en municipios menores, zonas rurales y áreas urbanas específicas, aclara que los municipios llamados menores son aquellos correspondientes a las categorías 5ª y 6 ª. Asimismo, se entienden a la luz del presente Decreto reglamentario a las áreas rurales, como aquellas localizadas por fuera del perímetro urbano de la cabecera municipal y áreas urbanas específicas, los núcleos poblacionales localizados en suelo urbano que se encuentren clasificados en los estratos 1 y 2 de la metodología de estratificación vigente[345]. En consecuencia, tal como lo plantea la Corte Constitucional, el objetivo de conceder esta habilitación a comunidades organizadas, encuentra fundamento en la necesidad de mejorar la calidad de vida de los

empresas-de-acueducto-hace-necesaria-la-fusi%C3%B3n-de-algunas-de-ellas.aspx (consultada el 08 de noviembre de 2.017).

[344] Artículo 15.4. Ley 142 de 1.994

[345] Decreto 421 de 2.000 **"**Por el cual se reglamenta el numeral 4 del artículo 15 de la Ley 142 de 1.994".

habitantes de esos sectores y otorgarles la participación activa sobre el particular a todos los miembros que hacen parte de la comunidad[346].

En este mismo sentido, el Decreto 2590 de 2.007[347] define a estas comunidades organizadas como pequeños o menores prestadores y los clasifica en: (i) empresas de servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo que atiendan menos de 2.500 usuarios (ii) personas naturales o jurícas que produzcan parra ellas los bienes y servicios propios del objeto de las empresas de servicios públicos (iii) empresas de servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo que operen exclusivamente en uno de los municipios clasificados como menores, según la Ley, o zonas rurales (iv) *organizaciones autorizadas de que trata el numeral 15.4 del artículo 15 de la Ley 142 de 1.994 para la prestación de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo* (…) de modo que, la denominación de comunidades organizadas a las que se refiere el artículo 365 de C.P. debe enterderse en sentido amplio, como todo tipo de organización destinada a la autogestión de los SP por parte de los propios receptores o usuario.[348]

Así pues, se consideran organizaciones autorizadas, habilitadas para prestar el servicio público de acueducto, las siguientes:

a) Las juntas de acción comunal: consideradas a la luz de la Ley 743 de 2.002 como oragnizaciones de naturaleza cívica, social y comunitaria de gestión social, sin ánimo de lucro, de naturaleza solidaria con personería jurídica y patrimonio propio. Podrán prestar servicios públicos siempre y cuando hayan conformado comités empresariales[349], un ejemplo deliberado de este tipo de organización autorizada

[346] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 741 de 2.003. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa. Bogotá. 2.003.
[347] Departamento Nacional de Planeación. Decreto 2590 del 6 de julio de 2.007, "Por el cual se modifica la estructura de la Superintendencia de Servicios públicos Domiciliarios".
[348] DEFENSORÍA DEL PUEBLO." *La gestión comunitaria del agua*". Los servicios públicos domiciliarios y los acueductos comunitarios. Bogotá. 2.013. págs. 26 y 27.
[349] Ley 743 de 2.002, artículo 70. Los organismos de acción comunal podrán constituir empresas o proyectos rentables con el fin de financiar sus programas en beneficio de la comunidad

que presta el SPD de acueducto en Colombia, la encontramos en el Departamento de Santander, "*junta de acción comunal inspección de policía de Cite - Barbosa*"[350].

b) Asociaciones de derecho privado: Son organizaciones estables de personas, naturales o jurídicas, que a través de una actividad común persiguen un fin principalmente no lucrativo – o sin ánimo de lucro, avaladas por para prestar servicos públicos según lo dispuesto en el artículo 365 de la C.P., el Decreto 421 de 2.000 y el artículo 15.4 del RSPD[351].

c) Asociaciones de usuarios: Son figuras de tipo asociativa que persiguen el fin de aprovechar el agua, con fundamento en el artículo 161 del Decreto 2811 de 1.974 estas "*pueden establecer asociaciones de usuarios que aguas, consituidas por quienes se aprovechen de una o más corrientes de un mismo sistema de reparto o tengan derecho a aprovechar las de un mismo cruce artificial*"

A su vez, dentro del *sector solidario*, se identifican algunas formas asociativas que también hacen parte de las llamadas organizaciones autorizadas, habilitadas para prestar servicios públicos, estas deberán ser apoyadas por la Nación en atención a lo dispuesto en el artículo 333 contitucional y en el artículo 8° de la Ley 142 de 1.994, al desarrollar las competencias de la Nación para la prestación de los Servicios Públicos y de manera concreta en el numeral 8.4, cuando se referiere al apoyo financiero, técnico y administrativo que debe brindar la Nación a las "*empresas de servicios públicos* (…) *a las empresas cuyo capital pertenezca mayoritariamente a una o varias cooperativas o empresas asociativas de naturaleza cooperativa*". Adicionalmente, el legislador al momento de expedir el RSPD, dejo en evidencia su interés de promover la participación de este tipo de organizaciones en la actividad de prestación del SPD de acueducto, en

[350] DATOS ABIERTOS. Gobierno Digital de Colombia, en: https://www.datos.gov.co/dataset/EMPRESAS-PRESTADORAS-DE-SERVICIOS-PUBLICOS-EN-SANT/98rg-mxv6/data (consultada 08 de diciembre de 2.017).
[351] DEFENSORÍA DEL PUEBLO. op Cit., pág. 31.

tanto en cuanto, por un término de diez años contados a partir de la expedición de la norma, otorgó beneficios de orden tributario para aquellas que realizaran inversiones en empresas de servicios públicos[352].

Ergo, las coorperativas[353] y precooperativas de trabajo asociado y las administraciones públicas cooperativas, se encuentran avaladas para prestar dichos servicios públicos domiciliarios. En el caso de las primeras, se caracterizan por que los asociados son simultaneamente los dueños de la entidad y los trabajadores de la misma, es decir, que existe identidad entre asociados y trabajadores, pueden prestar SPD siempre y cuando en sus estatutos esté contemplada dicha actividad. A propósito de las administraciones públicas cooperativas, son organizaciones de iniciativa estatal, creadas con el objetivo de llavar a cabo actividades que beneficien a la comunidad, como bien podría ser, prestar Servicios Públicos Domiciliarios, su finalidad será prestar algún servicio a sus asociados.[354]

En medio de esta clasificación de orden legal, se encuentran otras dos personas prestadoras de los servicios públicos domiciliarios. La primera, tiene que ver con las *entidades autorizadas* para prestar servicios públicos durante los períodos de transición previstos en esta Ley[355], quienes al momento de entrar en vigencia la precitada norma y prestando SPD, fueron conminadas a llevar durante un periodo no superior a dos años y progresivamente, evaluaciones de viabilidad empresarial a mediano y largo plazo[356]. Así como, el establecimiento de límites en materia de factores de contribución, tarifas y

[352] Ley 142 de 1.994, artículo 24. Régimen Tributario, numeral 24.4. Por un término de diez años a partir de la vigencia de esta Ley, las cooperativas, sus asociaciones, uniones, ligas centrales, organismos de grado superior de carácter financiero, instituciones auxiliares del cooperativismo, confederaciones cooperativas y, en general, todas las empresas asociativas de naturaleza cooperativa podrán deducir de la renta bruta las inversiones que realicen en empresas de servicios públicos.

[353] En el municipio de Piedecuesta Santander, la Cooperativa multiservicios Acuavica, presta el Servicio Público Domiciliario de Acueducto a un sector de la población. DATOS ABIERTOS. Gobierno Digital de Colombia. op Cit.

[354] DEFENSORÍA DEL PUEBLO. op Cit., pág. 33.

[355] Artículo 15.5. Ley 142 de 1.994.

[356] Artículo 181 Ley 142 de 1.994.

subsidios, puntualmente para los servicios de agua potable, saneamiento básico y otros, la fecha máxima para superar la transición fue el 31 de diciembre de 2.001[357].

La segunda, se trata de las "*entidades descentralizadas del orden territorial o nacional*"[358] que al momento de expedirse éste régimen de SP, se encontraban prestando servicios públicos, llámense éstas: establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta, a la luz del artículo 1 del Decreto Ley 3130 de 1.968[359], vigente para la fecha de expedición del régimen en comento, las cuales debieron transformarse a sociedades por acciones[360], toda vez que el artículo 29 del Decreto 1050 de 1.968[361] prohibía que los establecimientos públicos y las empresas industriales y comerciales del Estado, constituyesen sociedades o compañías, entre sí o con otras personas. Sin embargo, la ley permitió que las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional, cuyos propietarios no desearan que su capital estuviese representado en acciones, debieron adoptar la forma de empresa industrial y comercial del Estado. Dicha transformación fue indispensable para que estas entidades descentralizadas al transformase en E.S.P[362], fuesen sujetos de aplicación de las disposiciones de la Ley 142 de 1.994.

Así pues, cabe mencionar como colorario preliminar que, si bien la Ley 142 de 1.994 definió un régimen especial para los prestadores de servicios públicos, no solo se refirió

---

[357] Artículo 1° Ley 286 de 1.996.

[358] Artículo 15.6. Ley 142 de 1.994.

[359] Decreto Ley 3130 de 1968. "*Por el cual se dicta el estatuto orgánico de las entidades descentralizadas del orden nacional". Derogado por el artículo 121 del Decreto 421 del 29 de diciembre de 2000. "Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones*".

[360] Artículo 17 y 180. Ley 142 de 1.994.

[361] Decreto Ley 1050 de 1968. "*Por el cual se dictan normas generales para la reorganización y el funcionamiento de la administración nacional." Derogado por el artículo 121 del Decreto 421 del 29 de diciembre de 2000. "Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones".*

[362] Dicha transformación a la luz del artículo 180 de la Ley 142 de 1.994 debía hacerse en un plazo de dos años a partir de su vigencia, luego el artículo 2° de la Ley 286 de 1.996, concedió un plazo adicional hasta de 18 meses constados desde la entrada en vigencia de la misma para la trasformación en ESP.

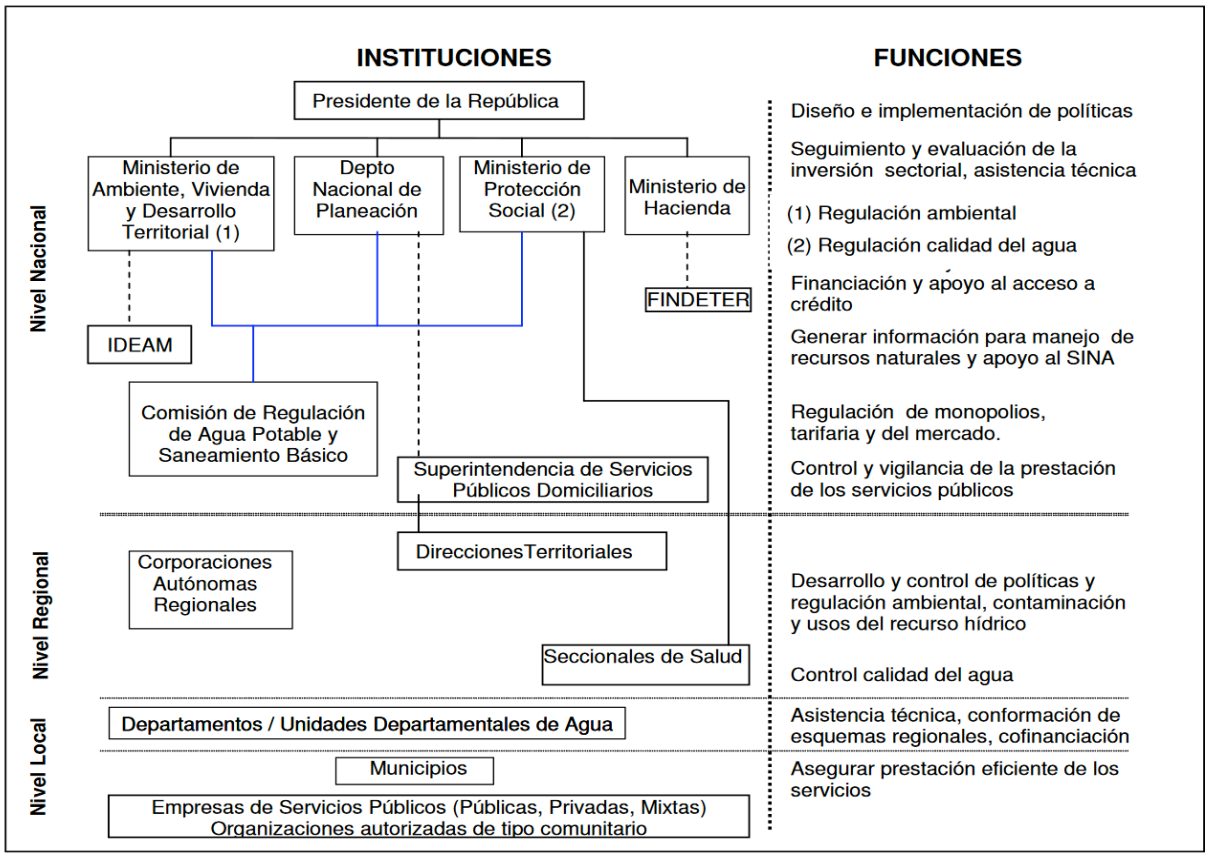
en su momento a las empresas organizadas como E.S.P, sino que adicionalmente vinculó a las empresas industriales y comerciales del Estado, a la luz de lo contenido en el artículo 3°, a las organizaciones autorizadas y dentro de ellas al sector solidario, tal como se constata en el numeral 8.4 del artículo 8° de la ley referida. Ergo, es menester asumir que las reglas que la Ley contiene para las empresas se aplican a todos los prestadores siempre y cuando estas no sean contrarias a la Constitución o la Ley[363].

Además, luego de la precedente revisión, vale la pena anunciar que, a propósito de la multiplicidad de actores, afloran dos aspectos que valen la pena destacar. El primero relacionado con la colisión y duplicidad de funciones entre uno y otro actor, dado que en la práctica, terminan en muchos casos haciendo la misma labor a la hora de regular, vigilar o controlar la provisión del SPD de acueducto, derivando en conflicto negativo de competencias administrativas y un segundo relacionado con la presencia de empresas privadas en la actividad económica de provisión del SPD de acueducto, toda vez, tal como lo afirmaron en dos momentos diferentes el profesor VELILLA y el entonces Director del DNP SIMÓN GAVIRIA, los actores prestadores poseen una importante concentración en municipios prestadores directos y en Empresas Industriales y Comerciales del Estado.

De ésta manera, se ha intentado explicar detalladamente el entramado de actores o instituciones que se involucran desde todos los niveles en la prestación del servicio público de acueducto en Colombia, razón por la cual, bien merece incluirse en éste acápite, un diagrama que coadyuve a identificar y entender con adicional claridad las instituciones y funciones que les compete a cada una en los niveles donde se ubican, sin antes dejar de advertir la importancia singular que para éste trabajo posee una de ellas denominada, Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, sobre la cual dedicaremos particular atención inmediata.

[363] ATEHORTÚA RÍOS, Carlos Alberto. *Régimen de los servicios públicos domiciliarios, en el contexto de la doctrina constitucional*. Editorial biblioteca jurídica Diké. Medellín – Colombia. 2.008. Pág. 64.

Diagrama 1. Esquema institucional del servicio de agua y saneamiento básico en Colombia



Fuente: CONPES 3383 / 2.005 MVCT-VASB.

Resulta interesante observar como en el diagrama anterior, se mezcla la institucionalidad del sector de servicios con el Sistema Nacional Ambiental (SINA). De tal manera que, para entender la forma como se presenta, es necesario asimilar la relación que poseen estas instituciones a la luz de la prestación del servicio público de acueducto en Colombia. Así las cosas, un importante número de instituciones que conforman el SINA poseen claras funciones relacionadas con la prestación de este servicio público, como se evidencia en el recorrido precedente.

En este orden de ideas, es oportuno invocar como referente la organización vigente del SINA. Si se toma como base la estructura institucional, territorial, e intersectorial que distingue a este órgano, se hace incuestionable que casi todo el Estado, en lato sensu, pertenece al SINA, de ahí se derivó el proyecto SOMOS SINA[364], cuyo propósito es buscar que todas las personas naturales y jurídicas, así como las instituciones estatales se sientan involucrados en la problemática ambiental y contribuyan a buscar soluciones efectivas.

Así pues, vale la pena explorar como en el SINA institucional aparecen las corporaciones autónomas regionales, los institutos de investigación científica y las autoridades ambientales urbanas por mencionar algunas entidades. Del mismo modo, el SINA territorial lo componen los Municipios, Departamentos, Territorios Étnicos que a su vez son asesorados por el DNP (Departamento Nacional de Planeación) y la DPA (Dirección de Política Ambiental) y, por último, el SINA intersectorial, en el que se incluyen Ministerios, entidades con funciones ambientales y organismos de control[365].

De conformidad con lo anterior, existe una indiscutible y estrecha relación funcional entre los actores que intervienen en la prestación del servicio público de acueducto en Colombia y las instituciones que integran el SINA, razón por la cual, al momento de estudiar el asunto propuesto en este acápite, se deriva la pertinencia de resolver y explicar dicha relación.

---

[364] El Sistema Nacional Ambiental (SINA) se perfila como uno de los esquemas de administración ambiental más singulares y de mayor potencial en América Latina, al proponer una gestión democrática, descentralizada y participativa, de carácter transectorial e interdisciplinaria, en: http://biblovirtual.minambiente.gov.co:3000/DOCS/MEMORIA/MMA-0486/MMA-0486.pdf (consultada el 30 de octubre de 2.017) Pág. 7 y ss.

[365] GONZÁLEZ MORALES. Diana Marcela. *Instituciones del Sistema Nacional Ambiental* . Investigación Dirigida. Universidad Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario. Facultad de Jurisprudencia. Bogotá D.C 2.005. Pág. 23.

4.1 COMISIÓN DE REGULACIÓN DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BÁSICO: CRA

La Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico (CRA)[366], es una entidad de creación legal, que nace a la vida jurídica mediante Ley 142 de 1.994 con un propósito especialísimo y novedoso a la luz de los SPD de acueducto, alcantarillado y aseo, por cuanto asume la función de regularlos. En consecuencia, la creación de este tipo de organismos públicos reguladores encuentra soporte constitucional en el artículo 150 superior numerales 7°, 21 y 23, adicionalmente el artículo 334 de la carta aporta cimientos a la creación legal de las comisiones de regulación, en específico para este caso de estudio a la (CRA)[367].

De modo que, es posible resumir las funciones de la CRA[368] en los siguientes temas: regulación de monopolios y de la competencia, regulación tarifaria, regulación de calidad y regulación de gestión empresarial. Del mismo modo, en lo ateniente al objetivo principal, se contempla la provisión de las condiciones para garantizar la prestación de los servicios públicos por parte del Estado, todo desarrollado en un marco institucional que permita el crecimiento económico y garantice los principios de solidaridad, competitividad, sostenibilidad y fortalecimiento de la democracia participativa[369].

---

[366] A la luz del Decreto 1077 de 2.015 "Por el cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Vivienda, Ciudad y Territorio" la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico pertenece al sector descentralizado y se constituye como una entidad adscrita al Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio.

[367] ATEHORTÚA, Carlos Alberto. *Servicios públicos domiciliarios y las TIC en el contexto del precedente jurisprudencia.* DIKE. Medellín, 2.012. Pág. 404.

[368] La imposición de servidumbres a través de acto administrativo, es otra de las facultades que posee la CRA, así lo establece el RSPD en el artículo 118, valga advertir, que aquella es compartida con las entidades territoriales y con la Nación cuando estas tengan la competencia para prestar el SP respectivo.

[369] COMISIÓN DE REGULACIÓN DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BÁSICO (CRA). *El Estado del Arte de la Regulación en el sector de agua potable y saneamiento básico en Colombia*. Edición de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico (CRA). Bogotá, 2.001. Pág. 134.

En línea con lo anterior, para que la CRA alcanzará dicha función de *regulación*[370], el Presidente de la República delegó a través del decreto 1524 de 1.994[371] las funciones a las que se refiere el artículo 68[372] del Régimen de Servicio Públicos Domiciliarios, en términos generales y relativo al servicio público de acueducto, delegó la función de promover la competencia entre quienes presten los servicios de agua potable y saneamiento básico o regular los monopolios en la prestación de tales servicios, cuando la competencia no sea posible, con el propósito de que las operaciones de los monopolistas y de los competidores sean económicamente eficientes, se prevenga el abuso de posiciones dominantes y se produzcan servicios de calidad[373]. Sin embargo, las demás funciones que poseen las Comisiones de Regulación, están claramente asignadas por vía del legislador, a través del mismo RSPD tal como consta en los artículos 73 y siguientes y en el artículo 88.1 al referirse a la competencia que les concierne a estos órganos de regulación a la hora de fijar las formulas tarifarias que les serán aplicable a los servicios públicos domiciliarios y a la cuales deberán ceñirse las empresas de SP[374].

En consecuencia, se deriva una tensión sobre la constitucionalidad de estos entes respecto de la figura de delegación de funciones presidenciales, frente a lo que la Corte anotó: "*Las comisiones de regulación, a pesar de ser unas unidades administrativas especiales, con independencia administrativa, técnica y patrimonial, se encuentran sujetas*

---

[370] A juicio de la Corte *la naturaleza jurídica* de las funciones de regulación adelantadas por este tipo de organismos de regulación socio económica, debe recordarse que la jurisprudencia ha explicado que no se trata de funciones legislativas ni simplemente administrativas o reglamentarias, como tampoco de la posibilidad de expedir reglamentos autónomos o constitucionales (es decir, de reglamentar la Constitución directamente por vía no legislativa), sino que las funciones de regulación son específicas de intervención socio económica, por lo cual se revisten de un carácter técnico, sectorial y permanente, y que están llamadas a ser ejercidas de conformidad tanto con la Constitución como con la ley y las disposiciones gubernamentales (…) CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 955 de 2.007. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra. Bogotá. 2.007.

[371] Artículo 1° decreto 1524 de 1.994 *"Deléguense las funciones del presidente de la República, a las que se refieren el artículo 68, y las disposiciones concordantes, de la Ley 142 de 1994, "por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones", en la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico (…)"*

[372] Artículo 68 Ley 142 de 1.994 *"Delegación de funciones presidenciales a las Comisiones. El presidente de la República señalará las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios, que le encomienda el artículo 370 de la Constitución Política, y de los demás a los que se refiere esta Ley, por medio de las comisiones de regulación de los servicios públicos, si decide delegarlas, en los términos de esta Ley (…)"*

[373] Artículo 74.2 Ley 142 de 1.994.

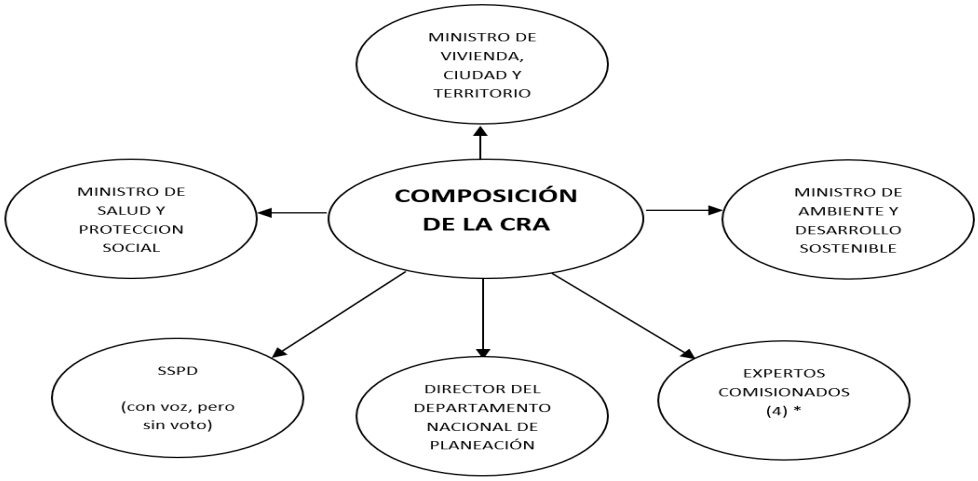
[374] Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico CRA, en http://www.cra.gov.co/es/acerca-de-la-entidad/donde-estamos (consultada el 01 de junio de 2.017).

a una importante injerencia presidencial ya que el ministro del ramo las preside. Sin embargo, esa dependencia de las comisiones de regulación frente al Gobierno en manera alguna implica la inconstitucionalidad de las mismas, ni de la posibilidad de que el presidente delegue en ellas la definición de las políticas generales de la administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios, por la sencilla razón de que se trata de funciones presidenciales"[375] (…)

Dicha condición de sujeción, genera un interesante debate sobre la verdadera independencia de la CRA y demás agencias de regulación en Colombia, dado el vínculo directo que poseen con el poder ejecutivo, aún más pareciera debilitarse la esencia de la CRA concretamente, toda vez que quién preside[376] dicha comisión es el Ministro de Vivienda Ciudad y Territorio, "aunque los expertos son mayoría en la comisión, por Decreto se impuso la necesidad de que a todas las sesiones debe asistir por lo menos un Ministro o el Director Nacional de Planeación para que sea válida y, además, que cualquier decisión debe contar por lo menos con el voto favorable de esos mismo funcionarios, Ministro o Director del DNP"[377] A continuación, se expondrá a través de un diagrama la composición de la CRA con el objetivo de validar y verificar lo enunciado:

[375] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 272 de 1.998. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. Bogotá. 1.998.
[376] Artículo 71.1 Ley 142 de 1.994.
[377] BETANCUR, Luis Ignacio. *La prestación de los servicios públicos*. En: Instituciones de Derecho Administrativo, la administración y su actividad. Arenas, Hugo Andrés. Editar Académico. Tomo I. Pág.326.

Diagrama 2. Composición de la Comisión de Agua potable y Saneamiento Básico (CRA)



Fuente: http://www.cra.gov.co/es/acerda-de-la-entidad/estructura-organizacional

Así pues, es posible constatar a partir de la composición de la Comisión estudiada, la alta presencia e influencia del poder ejecutivo, característica que permite plantear por lo pronto el interrogante sobre ¿si ciertamente nos encontramos frente a un órgano independiente o por el contrario frente a una comisión capturada por los intereses del Gobierno de turno representado en sus Ministros?, frente a lo cual, dedicaremos un acápite más adelante en aras de tensar la reflexión invocada y lograr algunas conclusiones que permitan aportar al debate que surge de dicha condición.

Otro aspecto que reviste de particular interés la reflexión propuesta renglones anteriores, es la metodología que se definió para la designación de los expertos comisionados, quienes poseen la cualidad de ser de dedicación exclusiva "*designados por el presidente de la República para períodos de cuatro (4) años contados individualmente, reelegibles y no sujetos a las disposiciones que regulan la carrera administrativa. El período de estos expertos se cuenta a partir de la fecha de posesión en el cargo, para los casos de faltas*

absolutas de uno de los expertos, el presidente de la República nombrará un experto para un nuevo período. Son faltas absolutas la muerte y la renuncia aceptada"[378].

Quedan por lo pronto planteadas las características que nos aportan elementos sustanciales y necesarios para avanzar en el análisis a propósito de la independencia de la CRA. Empero, es indispensable antes, revisar los antecedentes que rodearon su creación, en virtud de comprender profundamente el contexto político y normativo que derivaron en la formalización y operatividad de la CRA en nuestro sistema jurídico e institucional.

4.1.1 Antecedentes y creación de la CRA en Colombia

Habrá que referirse necesariamente al contexto social y político que antecedió la creación de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico. Para lo cual, es indispensable explorar las actas de la Asamblea Nacional Constituyente, con el ánimo de verificar la grave situación que atravesaba el país en materia de SP en 1.991, pero sobre todo en lo relativo al servicio público de agua potable[379], en éste sentido espetaron en su momento los constituyentes a propósito de los bajos niveles en los que se encontraba Colombia en relación a la cobertura y calidad de éste servicio en comparación con países de Latinoamérica como Brasil, México y República Dominicana, situación que soportaba la mayor reivindicación del movimiento de paros civiles a la luz de las debilidades antes mencionadas y adicionalmente las altas tarifas en éste y otros servicios públicos[380]. Lo cual derivó en constantes huelgas que afectaron la estabilidad y cohesión social.

---

[378] Resolución CRA 151 de 2.001.

[379] (…) Agua Potable: También llamado segundo oxígeno, ocupa nuestra preocupación. Su carencia o potabilidad es un claro índice de atraso e injusticia en una sociedad. En nuestro país las estadísticas nos muestran: (i) Desequilibrio absoluto en producción, inversión y prestación entre agua potable y energía eléctrica (ii) desequilibrio absoluto en la prestación del servicio entre las zonas urbanas grandes (grandes ciudades) y las rurales y regiones alejadas de estos grandes centros urbanos (iii) Aterradora proporción de pérdidas técnicas y negras en la distribución y prestación del servicio, lo que muestra: a) Una alta incapacidad tecnológica así como carencias en planeación y b) un grado alto de corrupción en funcionamiento de las empresas públicas encargadas de su distribución y prestación (…) Gaceta Constitucional, núm. 53, Bogotá, Imprenta Nacional, jueves 18 de abril de 1.991. Pág. 5.

[380] Gaceta Constitucional, núm. 53, Bogotá, Imprenta Nacional, jueves 18 de abril de 1.991. Pág. 6.

Ahora bien, mencionado tangencialmente el contexto que antecedió la creación de la comisión en comento, es menester estudiar de forma concreta con base en el universo normativo colombiano, las expresiones primigenias de regulación que abonaron el terreno para dar paso a la consolidación legal de la hoy llamada Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico.

En este orden de ideas, se encuentra en el decreto 3069 de 1.968 ya derogado como se mencionó con anterioridad, la creación de la Junta Nacional de Tarifas de Servicios Públicos, adscrita para entonces al Departamento Nacional de Planeación y cuyas funciones principales fueron las de controlar y fiscalizar las tarifas de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y energía eléctrica. En lo relativo a su composición, la presente Junta estaba integrada por tres miembros de tiempo completo de libre nombramiento y remoción que dependían directamente del presidente de la República. Asimismo, hacía parte de ella el jefe del Departamento Nacional de Planeación o su representante quienes se encargaban de presidirla; otra característica relevante de este organismo, consistió en que sus miembros eran clasificados por el Gobierno, previo concepto del Departamento Administrativo del Servicio Civil[381].

Con posterioridad, luego de veinticuatro años, el decreto 2152 de 1.992 crea la Comisión Reguladora de Agua Potable y Saneamiento Básico[382], organismo que, si bien posee un nombre similar a la actual CRA, distaba en algunos aspectos substanciales. Ergo, hacia parte de la estructura administrativa del Ministerio de Desarrollo Económico. Asimismo, en su composición y funciones existían importantes diferencias que se expondrán a continuación, ese mismo año se procede a la supresión de la Junta Nacional de Tarifas[383] mediante el decreto 2167 de 1.992[384].

---

[381] Decreto 3069 de 1.968 "*Por el cual se crea la Junta Nacional de Tarifas de Servicios Públicos, se establecen los criterios básicos para la aprobación de las mismas y se dictan otras disposiciones*".

[382] Decreto 2152 de 1.992 *"Por el cual se restructura el Ministerio de Desarrollo Económico".*

[383] Vale la pena mencionar que el Constituyente en el proyecto No. 43 reformatorio de la Constitución Política, propuso la creación de un organismo similar a la Junta Nacional de Tarifas, denominado *Consejo Nacional de Tarifas*, cuya función principal era la determinación de las tarifas de los SP que no fueran de cargo exclusivo de la Nación. Sin embargo, no logró crearse en la Carta Política. Gaceta Constitucional, núm. 21, Bogotá, Imprenta Nacional, viernes 15 de marzo de 1.991. Pág. 18.

[384] Decreto 2152 de 1.992 "*Por el cual se reestructura el Ministerio de Desarrollo Económico*".

Tabla 2. Diferencias entre la Comisión Reguladora de Agua Potable y Saneamiento Básico creada a través de Decreto 2152 en 1.992 y la actual CRA creada en a través de Ley 142 en 1.994

	COMISIÓN REGULADORA DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BÁSICO	**COMISIÓN DE REGULACIÓN DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BÁSICO**
CREACIÓN	Artículo 58 del Decreto 2152 de 1.992. Naturaleza: • Hará parte de la estructura administrativa del Ministerio de Desarrollo Económico.	Artículo 69 de la Ley 142 de 1.994 y Decreto 1077 de 2.015[385] • Unidad Administrativa especial, con independencia administrativa, técnica y patrimonial, adscrita al Ministerio de Vivienda Ciudad y Territorio.
COMPOSICION	Integrada por (Decreto 2152 de 1.992): • Ministro de Desarrollo Económico o el Viceministro de Vivienda, Desarrollo Urbano y Agua Potable, quien la presidía. • Ministro de Salud o su delegado • Jefe del Departamento Nacional de Planeación o su delegado • Tres (3) expertos que serán de dedicación exclusiva. • Superintendente de Servicios Públicos, quien asistirá como invitado, con voz, pero sin voto.	Integrada por (Decreto 2728 de 2.012[386]): • Ministro de Vivienda, Ciudad y Territorio, quien la presidirá. • Ministro de Salud y Protección Social. • Ministro de Ambiente y Desarrollo Sostenible; • El director del Departamento Nacional de Planeación. • Cuatro (4) expertos de dedicación exclusiva. • Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios o su delegado, quien asistirá a las reuniones con voz, pero sin voto.
PERIODO DE LOS EXPERTOS	Decreto 2152 de 1.992. Designados por el presidente de la República, para períodos de tres (3) años, reelegibles. Su director será uno de los tres (3) expertos, quienes se rotarán por períodos anuales.	Artículo 1 del Decreto 2474 de 1.999. Nombrados por el presidente de la República para períodos fijos de cuatro (4) años, no sometidos a las reglas de carrera administrativa.

[385] Decreto 1077 de 2.015 "*Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Vivienda, Ciudad y Territorio*".

[386] El artículo 71 de la Ley 142 de 1.994 establecía que la CRA estaría integrada por 3 expertos elegidos por periodos de 3 años, artículo derogado por el Decreto 2474 de 1.999 que determinó la nueva integración de la Comisión vinculando un cuarto experto y extendiendo por un año más el periodo. Finalmente, el Decreto 2728 de 2.012 mantuvo la integración fundada por el Decreto 2474 y además modificó la denominación de los Ministerios que integran la CRA, de acuerdo a los cambios que hizo la Ley 1444 de 2.011, en cuanto a escisión y creación de Ministerios.

	COMISIÓN REGULADORA DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BÁSICO	COMISIÓN DE REGULACIÓN DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BÁSICO
FUNCIONES Y FACULTADES	Decreto 2152 de 1.992 *(Trae solo funciones específicas de la CRA)* • Prevenir prácticas restrictivas de la competencia en la prestación de los servicios públicos regulados. • Denunciar ante la Superintendencia de Industria y Comercio, mientras la ley regula las funciones de la Superintendencia de Servicios Públicos las prácticas contrarias a las normas sobre protección de la competencia, en que se vean involucrados quienes estén relacionados directamente con la prestación de los servicios públicos regulados. • Fijar las tarifas de los servicios públicos regulados y, cuando lo considere necesario, establecer fórmulas que utilicen las empresas oficiales o privadas que los presten. La Comisión podrá establecer el régimen de libertad regulada o libertad vigilada o señalar cuándo hay lugar a la libre fijación de tarifas; igualmente podrá señalar criterios y normas relativas a la protección de los derechos de los usuarios en lo relativo a facturación, comercialización y demás asuntos relativos a la relación de la empresa con el usuario de servicios de agua potable y saneamiento básico, de acuerdo con la ley.	Ley 142 de 1.994 *(Algunas funciones generales novedosas de las Comisiones de Regulación)* • Regular los monopolios en la prestación de los servicios públicos, cuando la competencia no sea, de hecho, posible (…) • Preparar proyectos de ley para someter a la consideración del gobierno, y recomendarle la adopción de los decretos reglamentarios que se necesiten • Someter a su regulación, a la vigilancia del Superintendente, y a las normas que esta Ley contiene en materia de tarifas, de información y de actos y contratos, a empresas determinadas que no sean de servicios públicos, pero respecto de las cuales existan pruebas de que han realizado o se preparan para realizar una de las siguientes conductas: a) Competir deslealmente con las de servicios públicos; b) Reducir la competencia entre empresas de servicios públicos; c) Abusar de una posición dominante en la provisión de bienes o servicios similares a los que éstas ofrecen. • Establecer fórmulas para la fijación de las tarifas[387] de los servicios públicos, cuando ello corresponda según lo previsto en el **artículo 88**; y señalar

[387] A través de la resolución CRA 543 de 2.011 se "estableció la metodología para la actualización de tarifas de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado sus actividades complementarias y las actividades que realizan los prestadores de los mismos en los términos de la Ley 142 de 1994", posteriormente mediante las resoluciones CRA 688 de 2.014 y CRA 735 de 2.015 se "estableció la metodología tarifaria para las personas prestadoras de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado con más de 5.000 suscriptores en el área urbana".

	COMISIÓN REGULADORA DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BÁSICO	COMISIÓN DE REGULACIÓN DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BÁSICO
	• Promover la competencia entre quienes presten los servicios de agua potable y saneamiento básico y regular los monopolios en la prestación de tales servicios, cuando la competencia no sea posible, todo ello con el propósito de que las operaciones de los monopolistas y de los competidores sean económicamente eficientes, se prevenga el abuso de posiciones dominantes y se produzcan servicios de calidad.	cuándo hay suficiente competencia como para que la fijación de las tarifas sea libre (…) *(Función específica de la CRA que se conservó con la expedición de la Ley 142 de 1.994).* • Promover la competencia entre quienes presten los servicios de agua potable y saneamiento básico o regular los monopolios en la prestación de tales servicios, cuando la competencia no sea posible, todo ello con el propósito de que las operaciones de los monopolistas y de los competidores sean económicamente eficientes, se prevenga el abuso de posiciones dominantes y se produzcan servicios de calidad. *(Incorporación de una nueva función específica)* • Establecer, por vía general, en qué eventos es necesario que la realización de obras, instalaciones y operación de equipos destinados a la prestación de servicios de acueducto, alcantarillado y aseo se sometan a normas técnicas y adoptar las medidas necesarias para que se apliquen las normas técnicas sobre calidad de agua potable que establezca el Ministerio de Salud, en tal forma que se fortalezcan los mecanismos de control de calidad de agua potable por parte de las entidades competentes.

Fuente: Elaboración Propia

Una vez analizada la Junta Nacional de Tarifas y la Comisión Reguladora de Agua Potable creada mediante Decreto 2152 de 1.992, es posible concederse en éste trabajo, la libertad de asimilarlas como dos expresiones que antecedieron la creación de la actual CRA, donde el mayor interés regulatorio inicialmente se ubicó sobre las tarifas, que con el tiempo, se hizo acompañar de los demás temas que necesariamente debieron apegarse al marco regulatorio en virtud de garantizar el accesos universal y la calidad a propósito del SPD de acueducto; como reflexión adicional y con base en el artículo transitorio 20 constitucional[388], vale la le pena aclarar, que si bien la actual CRA es un organismo de creación legal a la luz de los artículos 69 y 69.1 del RSPD tal como se ha apostillado en reiteradas ocasiones, su operatividad se da en desarrollo del artículo 370 constitucional[389] por medio de los Decretos 2152 de 1.992 y 1524 de 1.994 éste último, mediante el cual el Presidente de la República delegó la función de regulación del sector agua potable y saneamiento en ésta comisión.

Sobre el particular el ciudadano LUIS IGNACIO BETANCUR interviene en el marco de la sentencia 272 de 1.998 a través de la cual "*la demandante considera que el artículo 68 de la ley 142 de 1.994 viola los artículos 211 y 370 de la Constitución, porque permite indebidamente la delegación de las funciones del presidente consagradas en el artículo 370 de la Carta, las cuáles, según su opinión, no son susceptibles de delegación"* (…). Frente a lo que el profesor BETANCUR menciona entre otras cosas, (...) "*ninguna de las tres comisiones fue creada por ley, sino por decretos con fuerza de ley expedidos en uso de las atribuciones presidenciales del artículo 20 transitorio. Por consiguiente, fue el presidente como legislador transitorio quien las creó. En ese orden de ideas, es claro que el legislador resolvió ratificar la existencia de las tres comisiones y les confirió las*

[388] *El Gobierno nacional, durante el término de dieciocho meses contados a partir de la entrada en vigencia de ésta Constitución y teniendo en cuenta la evaluación y recomendaciones de una Comisión conformada por tres expertos en Administración Pública o Derecho Administrativo designados por el Consejo de Estado; tres miembros designados por el Gobierno nacional y uno en representación de la Federación Colombiana de Municipios, suprimirá, fisionará o reestructurará las entidades de la Rama Ejecutiva, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales y las sociedades de economía mixta del orden nacional (…)* Constitución Política de Colombia artículo 20 transitorio.

[389] *Corresponde al presidente de la República señalar, con sujeción a la Ley, las políticas generales de administración y control de eficiencias de los servicios públicos domiciliarios y ejercer por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el control, la inspección y la vigilancia de las entidades que los presten.* Constitución Política de Colombia, artículo 70.

funciones regulatorias con la Ley 142 de 1.994"[390]. Estos términos, permiten validar la tesis propuesta anteriormente, relacionada con la particular creación vía Decreto Ley de la actual Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico.

De modo que, dicha asunción lleva a experimentar un trance del cual se intentarán gestar algunas aportaciones teoréticas sobre la verdadera autonomía que acompaña a la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico en el sistema jurídico colombiano, de manera tal, que, se alcance la verificación de la presunta injerencia o dependencia entre los poderes legislativo, ejecutivo y éste organismo regulatorio "independiente", análisis que nos llevará a validar el interrogante sobre si dicha condición desnaturaliza el espíritu de la CRA entendida como una AAI.

4.1.2 ¿Agencia autónoma e independiente?

Resulta controversial proponer un interrogante de esta índole. Sin embargo, desde la academia es absolutamente oportuno reflexionar sobre el particular en aras de identificar el grado de autonomía que distingue a la CRA. Así pues, se deberá inquirir en primera instancia sobre su creación y composición, en ese mismo orden, se analizará la manera como en el seno de este cuerpo colegiado se toman las decisiones a la luz de las dinámicas de mayorías, decisiones finales que no son otra cosa que las disposiciones encaminadas a regular el Servicio Público Domiciliario de acueducto en Colombia.

De acuerdo a lo dicho, la Corte Constitucional establece una diferenciación clave que apoyará la búsqueda de una respuesta acertada para el interrogante planteado, en este sentido el alto tribunal anota en sentencia C – 150 de 2.003: "*la junta directiva de una comisión de televisión (art. 76 de la C.P.) y la junta directiva del Banco de la República (arts. 371 y ss. de la C.P.). Estos órganos gozan de autonomía en la medida en que tanto*

[390] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 272 de 1.998. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. Bogotá. 1.998.

su existencia misma, como su estructura institucional básica y sus funciones, tienen rango constitucional y por lo tanto no dependen del legislador ni del gobierno". A diferencia de las comisiones de regulación de servicios públicos, al no ser órganos de índole constitucional, sin desconocer que su creación y estructura administrativa está autorizada por la constitución, finalmente la decisión de crearlas, definir su perfil y funciones quedó en manos del legislador.

Situación que le concede al legislador una significativa injerencia sobre el destino de la CRA, en la medida en que cuenta con la facultad de suprimirla en aras de modificar el órgano encargado de regular el SPD de acueducto, o en dado caso modificar sus funciones, perfil o estructura institucional, lo cual provoca que dicha comisión éste supeditada al amplio margen de configuración que posee el legislador sobre ella, minando con basamento en lo expuesto, su necesaria autonomía, "siendo aún menos amplia y sólida que aquella detentada por los órganos constitucionales, cuya autonomía se define como relativa en tanto se encuentran condicionados por las características de un Estado Unitario"[391].

De acuerdo a lo advertido en el acápite precedente, sobre la particular composición de la CRA, vale la pena revisar la distribución que de golpe genera profundas dudas sobre el grado de independencia que posee dicho organismo con respecto al número de integrantes que cuentan con voz y voto. En éste sentido, se puede anotar con apego a lo manifestado por el experto comisionado, profesor JAIME HUMBERTO MESA, que producto de las dinámicas de las mayorías y teniendo en cuenta aquellos poseedores de asiento con voz y voto al interior de la comisión (*tres Ministros o sus delegados, director del DNP y cuatro expertos comisionados*), en reiterados casos las observaciones hechas por parte de alguno de éstos últimos a los proyectos regulatorios no son acogidas y por el contrario prevalece la posición del gobierno, de modo que se valida a partir de ésta afirmación la alta injerencia del ejecutivo, aún más cuando la comisión está conformada

[391] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 827 de 2.001. Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis. Bogotá. 2.001.

en un 50% por miembros del gobierno que aportan al debate desde su óptica y desde sus interés sectoriales específicos[392].

Conviene subrayar además, que el mecanismo vigente para proveer los cargos de expertos de la CRA, refuerzan la notoria intromisión sobre el organismo que inspira éste aparte, se apostilló y explicó con antelación que le corresponde al Presidente ésta labor, característica que deriva en un sin número de particularidades propias de nuestros sistema jurídico que le aportan gran discrecionalidad al presidente y consolidan un agudo control jerárquico[393] relacionado con la delegación de la función de regulación que hace el ejecutivo con basamento en los artículos 211 y 370 superior.

Así pues, con sujeción a lo dicho por la Corte a propósito de la delegación, los actos o resoluciones que dicta la CRA podrán siempre ser reformados o revocados por el presidente de la República[394], quién en todo caso dada las condiciones será quién incida indirectamente en el espíritu de las disposiciones regulatorias teniendo en cuenta la alta injerencia constitucional y legal que acabamos de probar[395]. No obstante, la responsabilidad de dichos actos les corresponderá de manera exclusiva a la comisión[396].

---

[392] Experto Comisionado de la CRA. JAIME HUMBERTO MESA. [Entrevista personal, marzo 09 de 2017].

[393] (…) Estima pertinente dejar en claro que los actos expedidos por las comisiones de regulación -ya sean de carácter general o particular- deben sujetarse a todas las formalidades previstas para tal efecto en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y sobre ellos pueden ejercerse los pertinentes controles de carácter administrativo y judicial. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C - 1162 de 2.000. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo. Bogotá. 2.000.

[394] (…) La delegación exime de responsabilidad al delegante; ésta corresponderá exclusivamente a la respectiva comisión; sus actos o resoluciones podrán siempre ser reformados o revocados por el presidente de la República, quien entonces reasumirá la responsabilidad consiguiente (…) CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C - 1162 de 2.000. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo. Bogotá. 2.000.

[395] Las comisiones de regulación, a pesar de ser unas unidades administrativas especiales, con independencia administrativa, técnica y patrimonial, se encuentran sujetas a una importante injerencia presidencial ya que el ministro del ramo las preside (…) CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia 272 de 1.998. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

[396] (…) Imputación de los actos. Los actos o resoluciones que en el ejercicio de la delegación dicta el delegatario se reputan suyos para todos los efectos legales y al hacerlo compromete su exclusiva responsabilidad, no la del delegante. (6) reforma y revocación de los actos del delegatario. En todo momento, el delegante puede reformar o revocar la actuación del delegatario, en cuyo caso reasumirá la responsabilidad consiguiente (…) CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia 272 de 1.998. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

Una vez expuesto y probada la injerencia que posee tanto el poder legislativo como el ejecutivo sobre la CRA y sus decisiones, es menester explorar alternativas que conduzcan de algún modo a visualizar otros modelos menos dependientes, con el ánimo de reivindicar el espíritu de la AAI, genero del cual procede la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico. Ergo, se propondrá con base en los modelos analizados capítulos anteriores y en las aparentes debilidades identificadas, los eventuales cambios que podrían hacerse vía legislativo y que en últimas permitirán contar con una comisión con un mayor grado de independencia.

Esta variación legal consistiría en modificar el origen y la naturaleza de la designación de los expertos, significa por lo tanto, evitar que el Presidente de la República posea la facultad de nombrar de manera directa a los comisionados, por el contrario, que sean elegidos por el mismo cuerpo colegiado, mediante el mecanismo de cooptación[397], de cuatro (4) ternas presentadas por el Presidente de la República, el Congreso de la República, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, en aras de garantizar los artículos 211 y 370 constitucionales, así como la representación popular y teniendo en cuenta los órganos jurisdiccionales competentes para dirimir los conflictos que se puedan suscitar en cuanto a la prestación de los Servicios Públicos Domiciliarios. Para lo cual sería necesario que el legislador modifique, por medio de una ley ordinaria, el artículo 71 de la Ley 142 de 1.994, que fue modificado por el artículo 1 del Decreto Nacional 2474 de 1.999, y este último modificado por el artículo 1 del Decreto 2728 de 2.012.

Lo anterior permitiría un mayor grado de independencia de la comisión respecto del poder ejecutivo, pues al no estar atado el nombramiento de los expertos de manera exclusiva y directa al presidente de la República, podría tener este órgano colegiado una mayor discrecionalidad en la toma de decisiones que derivan en la creación de las normas regulatorias, sobre todo apartadas de los intereses sectoriales del Gobierno Nacional. Empero, se mantendría al presidente de la República como controlador de las decisiones de la CRA, con el ánimo de permitirle seguir realizando el control jerárquico sobre las

[397] Según el diccionario de la Real Academia, cooptar significa llenar las vacantes que se producen en el seno de una corporación, mediante el voto de los integrantes de ella.

decisiones de esta entidad, reconociendo que hace parte del sector central toda vez su adscripción al Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio.

Se trata por lo tanto, de una propuesta novedosa que implica vincular al poder legislativo como se evidencia, en aras que desde allí se lidere la pretendida trasformación, que éste comprenda la necesidad de proveer mayor grado de independencia a las comisiones de regulación en general y a la CRA de manera particular, con el ánimo de impedir la desnaturalización de las mismas, en tanto las actuaciones y decisiones deben caracterizarse no solo por un elevado tecnicismos, sino por estar profundamente despojadas de los intereses y avatares de la dinámica política. Así las cosas, a renglón seguido dedicaremos algunas reflexiones relacionadas con los efectos que genera tal injerencia y si provoca o no una verdadera desnaturalización de dicho organismo.

4.1.3 ¿La desnaturalización de la comisión reguladora de acueducto en Colombia, ¿mito o realidad?

Desnaturalizar, según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, implica alterar las propiedades o condiciones de algo, desvirtuarlo, alterar una sustancia. Es precisamente ésta aparente alteración la que preocupa de algún modo en tratándose de la CRA. Por lo tanto, habría que revisar más a fondo si realmente nos encontramos frente a un mito o es realidad la degradación de las propiedades que la distinguen como una AAI concebida a partir de sus características más distintivas.

Valga recordar que, en principio en Colombia los órganos facultados para ejercer la función de regulación son el Congreso como legislador ordinario o el Gobierno como legislador extraordinario. Empero, excepcionalmente previo establecimiento del legislativo, algunas autoridades administrativas pueden regular, es aquí donde aparecen las comisiones de regulación como la CRA, facultadas por la delegación expresa que sobre

ella realiza el Presidente de la República con el ánimo de cumplir dicha función[398], producto de esta delegación, de la potestad de designación de los expertos con que cuenta el poder ejecutivo y otros rasgos de evidente injerencia, se deriva probablemente la anunciada desnaturalización de la CRA.

De modo que, esta intromisión que poseen tanto el legislativo como el poder ejecutivo sobre la Comisión estudiada, sería la causante del debilitamiento de las características que deben persistir en un organismo de dicha índole. Así pues, la CRA resulta siendo aparentemente una mala adaptación e incorporación al sistema jurídico e institucional colombiano motivado por el crecimiento internacional de estas estructuras racionalizadas (AAI), que condujo a complejizar, a partir de la expedición de la ley 142 de 1.994, el esquema organizacional del país.

En consecuencia, lo planteado se puede explicar con base en la teoría de MEYER y ROWAN que expone los impactos de los entornos institucionales en las organizaciones y el isomorfismo que asumen las mismas en virtud de preservarse y alejarse del fracaso[399], es así como el Estado Colombiano en aras de promover su éxito y supervivencia en el concierto internacional, incorporó el mito de las AAI en la forma de comisiones de regulación y otras, pero concretamente en relación al SPD de acueducto, crea la CRA.

Ahora bien, en el contexto internacional, de los periodos conocido como el New Deal (Roosevelt - 1.933 – 1.945), vivido en los Estados Unidos y la oleada de privatizaciones que experimentó el Reino Unido liderada por la primera Ministra Margaret Tatcher (1.979 – 1.990), se derivó la necesidad de crear este tipo de AAI dedicadas a regular y controlar las actividades económicas en sociedades altamente privatizadas[400], en el primer caso se trató de una novedad institucional por lo que se considera a los Estados Unidos como precursor de este tipo de organismos. Sin embargo, en adelante, la incorporación de

[398] SANCHÉZ HERNÁNDEZ. Hugo Alejandro, *La Noción de Autoridad Administrativa Independiente en España y Colombia"* Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá. 2.016. Pág.43.
[399] MEYER, John & ROWAN, Brian. *Organizaciones Institucionalizadas: Estructura formal como Mito y Ceremonia*. Universidad de Stanford. Pág. 8.
[400] LOMBARTE RALLO, Artemi. *La constitucionalidad de las administraciones independientes*. Tecnos, ciencias jurídicas. Madrid. 2.002.

estos entes en otros países de Europa y gran parte de América se debió a la extensión del mito de las AAI como resultado de la globalización o interconexión de las sociedades[401].

Así pues, es claro que las AAI desde su creación en los Estados Unidos y Europa, comenzaron a funcionar como mitos altamente racionalizados que modificaron las estructuras organizacionales formales de los países que las adoptaron, en el caso de los SPD se pretendió resolver a través de estos organismos problemas relacionados con la calidad, universalidad y provisión. Colombia concretamente, decide pensar en intervenir el SPD de acueducto con base en las dificultades sociales y de salubridad experimentadas por varias décadas. De modo que, a través de las discusiones en el seno de la constituyente se decidió instituir la regulación de ellos como manifestación de la intervención estatal desde la óptica del Estado regulador, para lo cual se impartió la instrucción constitucional de crear las comisiones de regulación como ya se mencionó.

En este orden de ideas, en Colombia el mito de las AAI tomó posición bajo el tren del neoliberalismo imperante en la década de los 90s y las privatizaciones en materia de servicios públicos en que incursionó el Estado a partir de la Constitución de 1.991 que permitió mejorar el espacio para que particulares empezaran a liderar sectores sensibles de la economía con sus inversiones[402]. Así en una sociedad de redes en donde los países se encuadran en la lógica de la interdependencia y los organismos multilaterales envían recetas racionalizadas e impersonales[403], no queda más que adoptarlas en virtud de alcanzar legitimidad internacional. Sin embargo, este mito se deformó y su incorporación al sistema jurídico e institucional doméstico se dio bajo serias variaciones que como se ha referido en este capítulo impidieron que dichas autoridades, tales como la CRA, conservara sus características fundamentales.

En línea con lo expuesto, se reconoce como colorario preliminar, que la CRA se trata de un mito tal como lo plantean MEYER Y ROWAN, cargado de legitimidad producto de un

[401] Meyer & Rowan, Op. Cit. Pág. 7.
[402] AMADOR CABRA, Luis Eduardo. *Los Servicios Públicos frente a las Reformas Económicas en Colombia*. Editorial Universidad Externado de Colombia. Primera edición. Bogotá. 2011.
[403] MEYER & ROWAN, Op. Cit. Pág. 4.

mandato legal (ley 142 de 1.994), que soportado en las políticas neoliberales imperantes en la década de los 90´s e implementadas en Colombia, tomaron alta relevancia bajo la idea de una AAI en nuestro sistema jurídico e institucional, más cuando en medio de una sociedad moderna que interactúa a través de redes y altamente globalizada, la adopción de dichas estructuras institucionales racionalizadas permitieron ganar legitimidad, representando en su momento una evidente "*transferencia de prácticas de organismos multilaterales como el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial*"[404], lo que derivó en la incorporación a nuestro sistema jurídico de dichas estructuras como la CRA, que moldearon el entorno institucional y el vocabulario, siendo esto un código empaquetado que no cumple con las características de una verdadera AAI. Empero, funciona como un mito, que aporta mayor legitimidad, credibilidad, estabilidad y perspectiva al país[405].

Agotado por lo pronto los análisis y las reflexiones sobre la naturaleza, composición y aparente autonomía e independencia de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, resulta indispensable apoyarnos en la afirmación del profesor LUIS I BETANCUR que reza: "sin vigilancia y control, la regulación es inocua"[406]. De manera que, a renglón seguido se auscultarán los actores y mecanismos involucrados en dicha función respecto del SPD de acueducto.

[404] STONE. Diana. *Agentes de Transferencia y Redes Globales Transnacionalización de la política*. University of Warwick. Repositorio institucional.
[405] MEYER, John & ROWAN, Op. Cit. Págs. 1 – 12.
[406] BETANCUR, Luis Ignacio. *La prestación de los servicios públicos*. En: Instituciones de Derecho Administrativo, la administración y su actividad. Arenas, Hugo Andrés. Editar Académico. Tomo I. Pág. 328.

4.2 ACTORES QUE INTERVIENEN EN EL CONTROL, INSPECCIÓN Y VIGILANCIA DEL SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO DE ACUEDUCTO.

A juicio de los investigadores, ANDRÉS GÓMEZ R. y GLORIA AMPARO RODRÍGUEZ, la función de inspección se entiende como la emisión de alertas e indicadores para la valoración de la situación del sector de los servicios. A su vez, la vigilancia comprende dos acciones para verificar el marco normativo, una primera relacionada con la solicitud de información por parte de la SSPD a los prestadores de SPD con el fin de generar alertas operativas, financieras, técnicas, jurídicas, administrativas y comerciales y una segunda, concerniente al seguimiento a los prestadores para que den cumplimiento a los dispuesto en el ordenamiento jurídico; mientras que por control, se distingue la toma de medidas coercitivas que tienden a generar un especial reproche al prestador que incumple con los parámetros normativos, mediante acciones sancionatorias y administrativas[407].

De manera que, lo anunciado en el párrafo precedente, motiva a establecer un breve paralelo, en tanto, en la mayoría de los países, dichas funciones de inspección, vigilancia, control, más la función de regulación, se concentran en una misma institución[408], en Colombia resulta distinto, la regulación del SPD de acueducto como ya se anotó, está en cabeza de la CRA, mientras que las funciones de inspección, vigilancia y control es ejercida prima facie por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios[409], sobre lo cual vale precisar que, para éste asunto en específico, la ley 142 de 1.994 creó una instancia delegada en materia de Acueducto, Alcantarillado y Aseo, encargada de llevar a cabo la función en comento. Empero, no solo esta autoridad de creación constitucional la ejerce, aparece un segundo actor que corresponde a los "usuarios, suscritores o

---

[407] RODRÍGUEZ, Gloria Amparo y GÓMEZ REY, Andrés. *"El principio de imparcialidad en la vigilancia y control de los servicios públicos domiciliarios. Una mirada a través de la situación del sector solidario".* Revista de Derecho Público No. 32. Facultad de Derecho. Universidad de los Andes. Enero – junio de 2.014. ISSN 1909 – 7778. Pag. 10.

[408] BETANCUR, Luis Ignacio. *La prestación de los servicios públicos*. En: Instituciones de Derecho Administrativo, la administración y su actividad. Arenas, Hugo Andrés. Editar Académico. Tomo I. Pág. 328.

[409] Sus funciones se encuentran fundamentalmente en la Ley 142 de 1.994 – artículo 79, modificado por el artículo 13 de la Ley 689 de 2.001.

suscriptores potenciales"[410] que actúan bajo los espacios de "participación comunitaria"[411] establecidos en la constitución y la Ley.

A propósito de la SSPD la CP, determina con base en el artículo 370 que: "*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*". En consecuencia, esta entidad de carácter técnico ejerce dicha función atendiendo los siguientes principios[412]:

I. *Garantía a los usuarios del acceso a los servicios y su participación en la gestión y fiscalización de su prestación.*

II. *Libertad de competencia y no utilización abusiva de la posición dominante.*

III. *Prestación continua e ininterrumpida de los servicios públicos domiciliarios, sin excepción alguna, salvo cuando existan razones de fuerza mayor o caso fortuito o de orden técnico o económico que así lo exijan.*

IV. *Control y vigilancia de la observancia de las normas y de los planes y programas sobre la materia.*

V. *Organización de sistemas de información, capacitación y asistencia técnica.*

VI. *Respeto del principio de neutralidad, a fin de asegurar que no exista ninguna práctica discriminatoria en la prestación de los servicios.*

VII. *Integralidad de los análisis de gestión y resultados de los prestadores de servicios públicos sometidos a su inspección, vigilancia y control.*

---

[410] Conceptos establecidos por la ley 142 de 1.994 - artículo 62, modificado a su vez por el artículo 10 de la ley 689 de 2.001.

[411] En términos de Alejo Vargas, la participación ciudadana es aquella en la cual la persona, el ciudadano de manera individual y a través del mecanismo del voto, toma parte en la escogencia de las autoridades públicas o elige a sus representantes a organismos legislativos del orden nacional, regional o local. Mientras que la participación comunitaria hace referencia a procesos de organización, movilización, a través de los cuales se busca ser protagonistas o sujeto de su propio desarrollo. Es decir, una se traduce en participación política y la otra es la posibilidad que tiene la comunidad de ser actor principal de sus soluciones, cuando se organiza, identifica necesidades etc. en ambos casos cuentan con los espacios legales para hacerlo. Vargas. A. *Participación Social y Democracia. El papel de la Personería*. Instituto para el Desarrollo de la Democracia Luis Carlos Galán. Bogotá.

[412] Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, en http://www.superservicios.gov.co/Institucional/Nuestra-Entidad (consultada el 12 de junio de 2.017).

VIII. Prevalencia del interés general sobre el interés particular en la prestación de los servicios públicos domiciliarios.

Actualmente la SSPD, tiene 34 funciones dadas inicialmente por el artículo 79 de la Ley 142, así como por el artículo 13 de la Ley 689 de 2.001 y una más adicionada por el artículo 96 de la Ley 1151 de 2.007[413], función esta que tuvo vigencia hasta que entró a regir el Plan Nacional de Desarrollo 2.010 - 2.014, contenido en la Ley 1450 de 2.011.

En consecuencia, a continuación, analizaremos algunas de ellas: *"Le compete a la SSPD atender las peticiones y reclamos que en forma directa le formulen los usuarios afectados por las fallas en el servicio, al igual que decidir en segunda instancia el recurso de apelación previsto en el artículo 154 del RSPD. En igual sentido, de acuerdo con el artículo 6 de la Ley 393 de 1.997[414], en los casos en que el respectivo servicio público lo preste una empresa privada, el usuario afectado podrá demandar ante el contencioso administrativo a la Superintendencia de Servicios Públicos para que esta tome las medidas pertinentes frente a la empresa que se niega a cumplir la Ley o un determinado Acto Administrativo"[415],* esto en cuanto a la función de vigilancia y control del cumplimiento de las leyes y actos administrativos a los que estén sujetos quienes presten servicios públicos por parte de la Superintendencia.

Lo anterior se traduce también en una manera de ejercer la defensa de los derechos de los usuarios, toda vez que con la Acción de Cumplimiento instituida por el artículo 87 de la Carta Política y desarrollada precisamente por la Ley 393 de 1.997, el usuario o suscriptor puede dirigirla contra la autoridad competente para imponerle el cumplimiento al particular

[413] Ley 1151 del 24 de julio de 2007. "Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010". Derogado por el art. 276, Ley 1450 de 2011, salvo los arts. 11, 13, 14, 15, 19, 21, 22, 24, 25, 27, 28, 31, 39, 49, 50 excepto su tercer inciso, 62, 64, 67, los incisos primero y tercero del 69, 70, 71, 76, 80, 82, 87, 88, 89, 90, 91, 97, 98, 106, 110, 112, 115, 118, 121, 126, 127, inciso primero del 131, 138, 155 y 156.

[414] Ley 393 del 29 de julio de 1.997. "Por la cual se desarrolla el artículo 87 de la Constitución Política". Acción de Cumplimiento.

[415] MOLINA TORRES, José Antonio. *Régimen de los Servicios Públicos Domiciliarios.* Editorial Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda. Santa Fe de Bogotá D.C. 1.998. Pág. 204

prestador, de una norma con fuerza material de Ley o Acto administrativo, por actuar en ejercicio de funciones públicas.

La SSPD también tiene la función de velar por la progresiva incorporación y aplicación del control interno en las empresas de servicios públicos[416], que debe realizar la administración de cada empresa para asegurar que sus objetivos se cumplan[417]. El control financiero de gestión, de legalidad y de resultados de las empresas de servicios públicos, propios del control Fiscal, que en el artículo 50 del RSPD estaba en manos de empresas contratadas para el efecto, a través del artículo 5° de la Ley 689 de 2.001 se dejó todo el control fiscal solo para las empresas de Servicios Públicos Domiciliarios con participación del Estado[418], debiéndolo ejercer la Contraloría General de la República[419] sobre los aportes y los actos o contratos que versen sobre las gestiones del Estado en su calidad de accionista.

Sobre el asunto, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha precisado que *"el control fiscal tiene por objeto la protección del patrimonio de la Nación, y por lo tanto recae sobre una entidad, bien sea pública, privada o mixta, cuando ella recaude, administre o invierta fondos públicos a fin de que se cumplan los objetivos señalados en la Constitución Política. Por ello, el elemento que permite establecer si una entidad o un organismo de*

[416] Ley 142 de 1.994, artículo 47.
[417] Ley 142 de 1.994, artículo 46 y 49.
[418] (…) Son sujetos de control de la Contraloría General de la República, las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios Oficiales, Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios constituidas como Industriales y Comerciales del Estado y las Empresas de Servicios Públicos Mixtas, en donde el porcentaje mayoritario de su capital sea de la Nación, y las Empresas de Servicios Públicos Privadas con participación accionaria directa o indirecta de la Nación. (…) Artículo 1 de la Resolución Orgánica 5472 del 18 de marzo de 2.003 "Por la cual se reglamenta la rendición de la cuenta, su revisión y se unifica la información que deben presentar las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios sujetos de control de la Contraloría General de la República y las del Orden Territorial para la conformación de las Estadísticas Fiscales".
[419] A razón de esta disposición, el señor Contralor General de la República expide la Resolución Orgánica 5472 del 18 de marzo de 2003, en remplazo de la Resolución Orgánica número 05287 de noviembre 26 de 2001, la cual fue expedida con fundamento en el artículo 5º de la Ley 689 de 2001, pero la Sentencia C- 290 de 2002 declaró la inexequibilidad sobre el apartado que consagraba que el Contralor debía expedir el Reglamento General sobre el Sistema Único de Control Fiscal en la Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios. Razón por la cual, se hizo necesario que la Contraloría General estableciese una nueva reglamentación en materia de rendición de cuenta e informes, que le deben presentar las empresas de servicios públicos domiciliarios sujetos de control de la Contraloría General de la República.

carácter privado se encuentra sometido al control fiscal de las contralorías, lo constituye el hecho de haber recibido bienes o fondos de la Nación, según así quedó determinado por el constituyente quién quiso que (...) "ningún ente, por soberano o privado que sea, puede abrogarse el derecho de no ser fiscalizado cuando tenga que ver directa o indirectamente con los ingresos públicos o bienes de la comunidad; en consecuencia la Constitución vigente crea los organismos de control independientes para todos los que manejen fondos públicos y recursos del Estado, incluyendo a los particulares"[420].

En este orden de ideas, es importante precisar que a su vez la SSPD delegó funciones respecto de diversos servicios, en lo concerniente al tema que nos ocupa, se creó a través del Decreto 1165 de 1.999 – artículo 6.11 la Superintendencia Delegada para Acueducto, Alcantarillado y Aseo, a la luz de los artículos 14.19, 14.22, 14.23 y 14.24 de la Ley 142 de 1.994 y sus actividades complementarias, quién en cumplimiento de sus funciones de inspección, vigilancia y control a los prestadores adelanta una serie de acciones encaminadas a garantizar la prestación del SPD de acueducto en términos de cobertura, calidad y continuidad.

En esta instancia, resulta conveniente aclarar de conformidad con lo establecido en el parágrafo primero del artículo 79 de la Ley 142 de 1.994, modificado por el artículo 13 de la Ley 689 de 2.001 y adicionado por el artículo 96 de la Ley 1151 de 2.007, que si bien según lo expuesto hasta el momento, se entiende a la SSPD como un órgano con un elevado margen de maniobra respecto de las funciones de inspección, control y vigilancia otorgada por la C.P., también es cierto que, ésta no puede exigir que los actos o contratos de las empresas de servicios públicos se sometan a su aprobación, teniendo en cuenta que el ámbito de competencia se circunscribe solo a controlar y vigilar el cumplimiento de aquellos que se celebran entre las empresas y los usuarios. De presentarse lo contrario, se estaría frente a una evidente extralimitación de funciones, así como la realización de actos de coadministración a sus vigiladas.

[420] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 290 de 2002. Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández. Bogotá D.C. 2002

En suma, tal como se ha expuesto, las personas prestadoras de servicios públicos, y aquellas que, en general realicen actividades que las hagan sujetos de aplicación de las leyes 142 y 143 de 1.994, además de aquellas que las complementan o modifican, estarán sujetos al control y vigilancia de la Superintendencia de Servicios Públicos.

Empero, habrá que tener en cuenta que, si bien existe una integralidad de la Superservicios en la función de inspección, vigilancia y control en torno al SPD de acueducto. También es cierto, que la función de vigilancia se divide en dos, una objetiva y otra subjetiva, en virtud de la multiplicidad de actores habilitados para la prestación y los diversos negocios posibles permitidos entre ellos. La primera reposa en cabeza de la Superintendencia de Servicios Públicos y hace referencia a la prestación del servicio como tal. Por contra, la subjetiva se refiere a los actos, contratos y giro ordinario de los negocios, razón por la cual no se encuentra en cabeza de la Superservicios, sino en cabeza de otras superintendencias, dependiendo básicamente de la naturaleza jurídica de la sociedad prestadora. Esta diferenciación es necesaria para evitar un conflicto negativo de competencias administrativas que se pueda suscitar eventualmente entre ellas[421].

Así las cosas, con base en lo dicho y partiendo de lo instituido en el artículo 17 de la Ley 142 de 1.994 que versa: "*Las empresas de servicios públicos son sociedades por acciones cuyo objeto es la prestación de los servicios públicos de que trata esta Ley*", se presenta la siguiente tabla, con el objetivo de determinar cuál es la entidad que ejerce la vigilancia subjetiva a las formas societarias existentes y habilitadas por el RSPD que prestan el SPD de acueducto en Colombia.

[421] RODRÍGUEZ, Gloria Amparo y GÓMEZ REY, Andrés. Op. Cit. Págs. 10,11, 12 y 13.

Tabla 3. Vigilancia Objetiva y Subjetiva ejercida a las formas societarias habilitadas para prestar el SPD de acueducto en Colombia.

FORMA SOCIETARIA	VIGILANCIA OBJETIVA	VIGILANCIA SUBJETIVA	NORMATIVIDAD
Sociedades en Comandita por Acciones	Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios	Superintendencia de Sociedades	Código de Comercio (artículos 343 y ss.)
Sociedades Anónimas	Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios	Superintendencia de Sociedades	Código de Comercio (artículos 373 y ss.)
Sociedades por Acciones Simplificadas	Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios	Superintendencia de Sociedades	Ley 1258 de 2.008
Empresas Industriales y Comerciales del Estado	Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios	Procuraduría General de la Nación y Contraloría General de la República	Ley 489 de 1.998 (artículo 85)
Empresas Oficiales de Servicios Públicos	Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios	Procuraduría General de la Nación y Contraloría General de la República	Ley 489 de 1.998 (artículo 68)
Comités Empresariales	Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios	• Alcaldías municipales/distritales: las JAC ubicadas en municipios de categoría primera y especial Gobernaciones: las JAC que se encuentren en categorías diferentes.[422]	Ley 743 de 2.000 (artículo 70)
Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado	Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios	Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.[423]	Decreto 2150 de 1.995 (artículo 147) Decreto 1359 de 1.998 (artículo 1) Fallo del 8 de julio de 2.010- Sala de Consulta y Servicio Civil del Concejo de Estado, resolvió conflicto de

[422] DEFENSORÍA DEL PUEBLO." *La gestión comunitaria del agua*". Los servicios públicos domiciliarios y los acueductos comunitarios. Bogotá. 2.013. Pág. 37.

[423] Concepto SSPD No. 321 del 21 de junio de 2.013. (…) "*En este orden de ideas el factor subjetivo relacionado con los prestadores de servicios públicos domiciliarios no es objeto de vigilancia y control por parte de la Superintendencia, salvo lo que tiene que ver con las cooperativas como comunidad organizada para la prestación de los servicios públicos domiciliarios*".

FORMA SOCIETARIA	VIGILANCIA OBJETIVA	VIGILANCIA SUBJETIVA	NORMATIVIDAD
			competencia negativo
Asociaciones de Usuarios	Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios	Gobernaciones de su lugar de operación.[424]	Decreto 1529 de 1.990

Por otra parte, el control que ejercen los usuarios, suscritores o suscritores potenciales relativo a los SPD y concretamente sobre el de acueducto, se soporta en los principios de la democracia participativa y a su vez en los mecanismos de participación ciudadana contenidos en el artículo 103 de las CP. Empero, dicha participación no se circunscribe de manera estricta a la posibilidad de elegir gobernantes y legitimar el sistema político, por el contrario es "*multidimensional en cuanto la participación popular se abre a espacios políticos, económicos, sociales y sociodemográficos, que revisten diversidad de formas y tipos, que entran a dinamizar procesos de toma de decisiones mediante la ratificación de normas universales, como el control de los elegidos, de manera que el escenario de decisiones y de participación se amplía a un sin número de posibilidades cambiantes según factores sociodemográficos, psicológicos, políticos y de contexto que se estén generando*"[425].

Bajo este presupuesto, se instituye en la CP - artículo 369, la creación legal de las formas de participación ciudadana en la gestión y fiscalización de las empresas estatales que presten el SP. De manera, que con posterioridad el RSPD en desarrollo de lo enunciado, a través de los artículos 62 a 66 establece la creación en todos los municipios de los "*Comités de Desarrollo y Control Social de los Servicios Públicos Domiciliarios"*[426], considerados una de las apuestas más progresistas y de amplio alcance en el marco de la

[424] DEFENSORIA DEL PUEBLO. Op., Cit. Pág. 38.

[425] AMAR, Juan José & ECHEVERRÍA, Judith. Artículo de investigación: *Participación comunitaria para el control ciudadano de los servicios públicos domiciliarios en el barrio el Bosque, Distrito de Barranquilla*. Revista de Derecho. Universidad del Norte, 25: 141 – 189. 2.006.

[426] Ley 142 de 1.994. Artículo 62. En desarrollo del **artículo 369** de la Constitución Política de Colombia: *en todos los municipios deberán existir "Comités de Desarrollo y Control Social de los Servicios Públicos Domiciliarios" compuestos por usuarios, suscriptores o suscriptores potenciales de uno o más de los servicios públicos a los que se refiere esta Ley, sin que por el ejercicio de sus funciones se causen honorarios* (…)

participación ciudadana contemplados en la Ley 142 de 1.994 y reglamentadas por el Decreto 1429 de 1.995[427], "por el cual se reglamenta el Capítulo I del Título V del RSPD, en relación con el Control Social de los Servicios Públicos Domiciliarios".

Para el año 2.015, el Decreto 1077 que compila las normas de carácter reglamentario del Sector Vivienda, Ciudad y Territorio, adopta la misma ilustración que trae el Decreto 1429 en cuanto a la Conformación y funcionamiento de los Comités de Desarrollo y Control Social, su creación se constituye como un deber, cuyo objeto es organizar la participación comunitaria en la vigilancia de la gestión y en la fiscalización de las entidades de carácter privado, oficial, o mixto, que presten los servicios públicos domiciliarios sujetos a las disposiciones de la Ley 142. Dichos Comités se conformarán a iniciativa de un número plural de usuarios, suscriptores o suscriptores potenciales de uno o varios de los servicios públicos domiciliarios, en todos los municipios, uno o varios "Comités de Desarrollo y Control Social de los Servicios Públicos Domiciliarios"[428].

De modo que el Régimen de Servicios Públicos Domiciliarios, generó un novedoso marco de condiciones y lineamientos en aras de promover la defensa de los derechos de los usuarios y fortalecer el ejercicio del control ciudadano sobre la gestión de las empresas prestadoras, todo con el propósito de garantizar e incrementar la calidad y cobertura de los SPD. "*En todo caso, es necesario precisar que la labor de los Comités de Desarrollo y Control Social no sustituye la función misional de los entes de control del Estado y en particular de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, pero sí ejercen una función de alerta y denuncia ante el ente de control y pueden proponer acciones de*

[427] AMAR y ECHEVERRÍA. Op. Cit. Pág. 146.

[428] Artículo 2.3.6.1.1. Decreto 1077 de 2015. Para efectos del presente capítulo se define "usuarios", "suscriptor" y "suscriptor potencial", en los siguientes términos:

> ***Usuario:*** Persona natural o jurídica que se beneficia con la prestación de un servicio público, bien como propietario del inmueble donde éste se presta, o como receptor directo del servicio. A este último usuario se denomina también consumidor. ***Suscriptor:*** Persona natural o jurídica con la cual se ha celebrado un contrato de condiciones uniformes de servicios públicos. ***Suscriptor potencial:*** Persona que ha iniciado consultas para convertirse en usuario de los servicios públicos.

mejoramiento al prestador y al usuario"[429], actividad que podría ser más efectiva si los ciudadanos organizados en comités contarán con mayores herramientas que le permitirán subsanar las sendas asimetrías que se evidencian entre las empresas prestadoras y ellos.

Obsérvese que, si bien existen actores intervinientes en la inspección, el control y la vigilancia del SPD de acueducto, estos requieren a su vez del diseño de una batería de mecanismos para poder ejercer dicha función, situación que deriva en la aplicación en cabeza de la Superintendencia Delegada para acueducto, alcantarillado y aseo de un crisol de herramientas y acciones, que valen la pena revisar en virtud a aportar mayor claridad sobre el tema.

4.2.1 Mecanismos de control, inspección y vigilancia del sspd de acueducto.

Con el ánimo de analizar este aparte, se recurrirá a tres estudios sectoriales de acueducto y alcantarillado, partiendo desde el año 2.006 hasta el último expedido en el 2.015, documentos que permitirán explorar las distintas acciones de inspección, control y vigilancia utilizados por la SSPD delegada en esta materia.

Durante el período 2.006 – 2.009, la Superintendencia Delegada de acueducto, alcantarillado y aseo, creó en primera instancia, el "grupo de pequeños prestadores" mediante la resolución SSPD No. 20075240022055 del 09 de septiembre de 2.007, con el propósito de ejercer una mayor inspección, control y vigilancia de los prestadores que atienden menos de 2.500 suscriptores. Asimismo, en virtud de alcanzar los objetivos a largo plazo considerados para este período, se llevaron a cabo acciones de Inspección, control y vigilancia que permitieron detectar alertas financieras, comerciales y técnico – operativas de los prestadores. Dentro de dichas acciones se destaca la evaluación integral de los prestadores, las visitas de inspección, los acuerdos de mejoramiento, el

[429] DAZA. Yenny Paolin. *Mecanismos de participación ciudadana como control social dentro de los servicios públicos domiciliarios* . Anteproyecto de Investigación. Universidad Santo Tomas. Facultad de Derecho. Bogotá. 2.015.

control tarifario a prestadores de acueducto, las jornadas de capacitación y una que desarrollaremos de manera particular, relacionada con la acción sancionatoria[430].

Las funciones de inspección[431], control[432] y vigilancia[433] ejercida por la SSPD, se lleva a cabo mediante la investigación de irregularidades que presenten las personas prestadoras de servicios públicos. Dichas investigaciones se efectúan realizando visitas, solicitando información y obteniendo pruebas; ejercicio que deriva eventualmente en sanciones que permiten reprender a los administradores y prestadores. Estas sanciones van desde la imposición de amonestaciones y multas[434], hasta la toma de posesión de las empresas para administrarlas o liquidarlas, la responsabilidad de esta acción cuando se trata del SPD de acueducto, se encuentra en cabeza de la Superintendencia Delegada para acueducto, alcantarillado y aseo a través de su Dirección de entidades intervenidas y en

[430] Superintendencia de Servicios Públicos. *Estudio Sectorial Acueducto y Alcantarillado. 2.006. Acciones de Vigilancia y Control.* Pág. 63 y 64.

[431] *Función consistente en verificar el estado de la prestación del servicio a través de la obtención y validación de la información detallada sobre la situación jurídica, financiera, técnica, comercial y administrativa de los prestadores de servicios públicos domiciliarios mediante visitas y otros mecanismos que la Superintendencia determine para tal fin.* Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. SIGME. Proceso de inspección, objetivo del proceso. Pág. 1.

[432] *Consistente en aplicar medidas administrativas y/o de gestión a los prestadores de servicios públicos domiciliarios que incumplan o estén en riesgo de incumplir a la normatividad vigente, con el fin de subsanar las situaciones identificadas como eventos que puedan afectar la prestación de los servicios públicos de acueducto en este caso concreto*. Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. SIGME. Proceso de control, objetivo del proceso. Pág. 1.

[433] *El objetivo de dicha función es monitorear a los prestadores de servicios públicos domiciliarios, a través del cumplimiento de la normatividad vigente, para identificar eventos que puedan afectar la prestación de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica y gas combustible.* Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. SIGME. Proceso de vigilancia, objetivo del proceso. Pág. 1.

[434] Ley 1753 de 2.015. artículo 208, modificatorio del artículo 81.2 de la Ley 142 de 1.994: Multas hasta por el equivalente a dos mil (2.000) salarios mínimos legales mensuales para personas naturales y hasta por el equivalente a cien mil (100.000) salarios mínimos legales mensuales para personas jurídicas. Si el infractor no proporciona información suficiente para determinar el monto, dentro de los treinta días siguientes al requerimiento que se le formule, se le aplicarán las otras sanciones que aquí se prevén. Los recursos producto de las multas que imponga esta Superintendencia ingresarán al Fondo Empresarial creado por la Ley 812 de 2003. Las empresas a las que se multe podrán repetir contra quienes hubieran realizado los actos u omisiones que dieron lugar a la sanción. La repetición será obligatoria cuando se trate de servidores públicos, de conformidad con el artículo 90 de la Constitución".

liquidación, en tratándose de los administradores, se procede con la separación de la empresa y prohibición de trabajar en empresas similares, hasta por diez años[435].

En línea con lo anterior, la facultad de sanción prima facie está en cabeza de la SSPD, según lo dispuesto en la Ley 142 de 1.994. Empero, a través de la resolución SSPD 021 de 2.005 se delegó dentro del ámbito sectorial correspondiente, dicha función en la Superintendencia Delgada para acueducto, alcantarillado y aseo. De modo que, durante el período comprendido entre los años 2.006 a 2.009 está *"Superintendencia Delegada resolvió 1.504 investigaciones, imponiendo 1.207 multas. En ese mismo orden, sancionó a siete prestadores, dos administradores de prestadores con separación de cargos y prohibición de trabajar en empresas similares hasta por 10 año y por último durante el mismo período se produjeron 19 amonestaciones a igual número de prestadores"*[436].

Posteriormente, entre el 2.010 al 2.013, se continuó con la implementación de mecanismos de inspección, control y vigilancia traducidos en la suscripción de 23 acuerdos de mejoramiento con pequeños prestadores, de igual manera, se suscribieron y reformularon 599 acuerdos de mejoramiento con prestadores que suministran servicios a menos de 2.500 suscriptores, de los cuales 439 fueron municipios prestadores directos, 141 empresas de SP en cabecera municipal y 19 con prestadores rurales[437].

Por último, según consta en el estudio sectorial 2.015, la SSPD "*durante el año 2.013, evaluó el indicador de calidad de agua suministrada por los grandes prestadores y formuló la estrategia de vigilancia y control preventiva para la gestión de la calidad del agua, con el fin de garantizar que los prestadores mejoraran el indicador y cumplieran la normatividad vigente. La estrategia incorporó 3 acciones puntuales; (i) jornadas de socialización del marco normativo de calidad del agua. (ii) suscripción de planes de acción enfocados al mejoramiento del indicador de calidad del agua y (ii) la solicitud de*

[435] Estudio Sectorial 2.006. Op. Cit. Pág. 68.
[436] Ibidem.
[437] Superintendencia de Servicios Públicos. *Estudio Sectorial Acueducto y Alcantarillado. 2.010. Acciones de Vigilancia y Control.* Pág. 57 y 58.

investigaciones administrativas por presuntos suministros de agua no apta para el consumo humano"[438].

Los resultados que se destacaron fueron: siete jornadas de capacitación del marco normativo de calidad de agua, en las que participaron 104 prestadores entre grandes y pequeños. Se solicitaron a 20 prestadores la formulación y ejecución de planes de mejoramiento en el corto plazo con el objetivo de mejorar el servicio en 22 municipios en donde prestan el SPD de acueducto. En este mismo orden, los prestadores mayores a 2.500 suscriptores del servicio público de acueducto tomaron la iniciativa de optimizar sus sistemas de tratamientos para adecuarlos a los estándares mínimos establecidos, además se continuó con el seguimiento a las acciones adelantadas por los prestadores para disminuir la vulnerabilidad de la infraestructura. Así como, la aplicación continúa de las sanciones pecuniarias y la toma de posesión en casos especiales, en virtud de la obligación que poseen los prestadores de garantizar la continuidad del SPD de acueducto y otros[439].

Si bien, se observan claros mecanismos implementados por la Superintendencia Delegada para acueducto, alcantarillado y aseo, también es cierto que muchos de ellos no resultan ser tan efectivos y aún menos alentador, cuando estos se encuentran a la merced de las modificaciones que hagan los legisladores a las leyes sobre la materia, que pueden resultar robusteciéndolos o debilitándolos, y de la Corte Constitucional cuando un ciudadano en ejercicio de la acción pública demanda la inconstitucionalidad de los artículos de la Ley que abordan el asunto y el Tribunal supremo en su decisión mantiene o sustrae del ordenamiento jurídico la misma.

Un ejemplo del fortalecimiento de los mecanismos se encuentra en el artículo 208 de la Ley 1753 de 2.015[440] que amplió el rango de imposición de mutas para los prestadores que violen las normas a las que deben estar sujetas, según la naturaleza y la gravedad de

[438] Superintendencia de Servicios Públicos. *Estudio Sectorial Acueducto y Alcantarillado. 2.014. Acciones de Vigilancia y Control.* Pág. 48.
[439] Ibid. Pág. 49.
[440] Ley 1753 de 2.015. "Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 "Todos por un nuevo país"

la falta, que van de dos mil (2.000) SMLMV para personas naturales y hasta por el equivalente a cien mil (100.000) SMLMV[441], al modificar el artículo 81.2 de la Ley 142 que establecía multas hasta por el equivalente a 2.000 SMLMV, pudiendo la SSPD graduar el monto atendiendo al impacto de la infracción sobre la buena marcha del servicio público, y al infractor de reincidencia[442].

4.2.2 Alcance y procedimiento de la gama acciones de control, inspección y vigilancia utilizadas por la sspd para acueducto, aseo y alcantarillado.

Dentro de la función de control, se destacan (i) las acciones de programa de gestión, (ii) las investigaciones Ley 1437 de 2.011 y (iii) la toma de posesión. La primera tiene como propósito acordar programas de gestión como mecanismo de control con las empresas prestadoras de servicios públicos que amenacen de forma grave la prestación continua y eficiente de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía y gas combustible. Se impone, si como resultado de la evaluación financiera, técnica, comercial y administrativa realizada al prestador de servicios públicos, se evidencian deficiencias de alto riesgo que puedan afectar la adecuada prestación de los servicios públicos de acueducto y otros, en estos casos el profesional asignado o grupo de profesionales de las direcciones técnicas de gestión, deberán presentar la situación a los directores técnicos de gestión y/o superintendentes delegados, con el fin de determinar la necesidad de suscribir o imponer un programa de gestión con la empresa, el procedimiento inicia con el diagnóstico de la empresa y termina con el cierre del programa de gestión[443].

---

[441] (…) Si el infractor no proporciona información suficiente para determinar el monto, dentro de los treinta días siguientes al requerimiento que se le formule, se le aplicarán las otras sanciones que aquí se prevén (…) Ley 1753 de 2015, artículo 208.

[442] (…) Si la infracción se cometió durante varios años, el monto máximo que arriba se indica se podrá multiplicar por el número de años. Si el infractor no proporciona información suficiente para determinar el monto, dentro de los treinta días siguientes al requerimiento que se le formule, se le aplicarán las otras sanciones que aquí se prevén (…) Ley 142 de 1.994, artículo 81.2.

[443] Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. SIGME. Procedimiento programa de gestión, objeto y alcance, descripción de la actividad. Págs. 1 y ss.

En el segundo caso, mediante las investigaciones Ley 1437 de 2.011, se busca adelantar actuaciones administrativas unilaterales encaminadas a identificar la posible vulneración de las leyes y actos administrativos a los que están sujetos las personas que prestan SPD de conformidad con el régimen de SP y demás normas concordantes y que la desarrollen. El procedimiento inicia con el análisis de la existencia de méritos para adelantar la investigación y finaliza con el trámite de irregularidades administrativas, en caso de presentarse. Para ello, los directores territoriales o directores de investigaciones a través del abogado asignado y/o responsable analiza y evalúa si existe mérito para abrir investigación, ante mérito para abrirla, se deberá proyectar el pliego de cargos y en caso de ser procedente proyectar y enviar la comunicación Carta membrete radicado GD- F – 007 para vincular a terceros, contrario sensu, en caso de no existir merito no se adelanta la investigación y se informa al interesado[444].

Respecto de la acción de toma de posesión, entendida como una de las medidas sancionatorias encomendadas a la Superservicios cuando se configure alguna de las causales contenidas en el artículo 59 de la Ley 142 de 1.994 y según lo dispuesto en el régimen de toma de posesión de los prestadores de los servicios públicos domiciliarios previstos en la ley en comento y las modificaciones introducidas por la Ley 689 de 2.001, en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, en la Ley 510 de 1.999 y en las normas concordantes o reglamentarias, y en particular en el Decreto 2555 de 2.010, que versa sobre las disposiciones generales de procedimientos de toma de posesión y liquidación forzosa administrativa, artículo 9.1.1.1.1, toma de posesión y medidas preventivas, modificado por el Decreto 2392 de 2.015, esta acción tiene por objeto establecer si la entidad vigilada debe ser objeto de liquidación o si es posible colocarla en condiciones de desarrollar de manera adecuada su objeto social, o si se pueden realizar otras operaciones que permitan lograr mejores condiciones en la prestación del servicio.

[444] Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. SIGME. Procedimiento de investigaciones Ley 1437 de 2.011, descripción de la actividad, objetivo del proceso. Pág. 1.

En concreto, relativo a las facultades legales de la SSPD en los procesos de toma de posesión, la circular externa No. 20161000000034, establece con base en los preceptos constitucionales previstos en los artículos 365 y 370, y los artículos 58 y siguientes de la Ley 142 de 1.994, que esta entidad posee la facultad de intervenir a los prestadores de Servicios Públicos Domiciliarios, a través del mecanismo de toma de posesión, cuando se encuentre incursos en alguna o algunas de las causales establecidas en la Ley 142 de 1.994 como se mencionó renglones anteriores. Esto se logra por medio de la Superintendencia Delegada para acueducto, alcantarillado y aseo, quién ejerce de manera permanente gestiones de inspección y vigilancia, las cuales en ciertos casos arrojan como resultado evidencias críticas respecto de la situación financiera, técnica y operativa de la empresa de SPD vigilada, de tal manera que se pone en riesgo la prestación del servicio público, en cuanto a su continuidad y calidad[445]. Así pues, una vez determinada la necesidad de realizar la toma de posesión, la Superintendencia Delegada para acueducto, alcantarillado y aseo, expide la resolución especificando la modalidad que se debe aplicar dependiendo el caso, con base en la cual, la Dirección de entidades intervenidas y en liquidación, inicia las funciones de seguimiento y monitoreo en aras de establecer el comportamiento de la empresa a la luz de los compromisos adquiridos y las debilidades identificadas previamente.

Así las cosas, los procesos de toma de posesión se rigen por el Decreto 663 de 1.993 "Estatuto Orgánico del Sistema Financiero" y sus Decretos reglamentarios, por instrucción del artículo 121 de la Ley 142 de 1.994. De modo que, la SSPD tiene la función de "*designar al agente especial o liquidador, según sea la modalidad de toma de posesión, así como al contralor, los cuales pueden ser personas naturales o jurídicas que ejercen funciones públicas transitorias y en ningún caso se reputarán funcionarios de la SSPD ni empleados de la empresa objeto de intervención*"[446].

[445] Resolución No. SSPD 20161300013785 de mayo 23 de 2.016. "*Por medio de la cual se ordena la toma de posesión con fines liquidatarios – etapa de administración temporal, de la Empresa Municipal de Servicios Públicos Domiciliarios de Vélez (Emprevel) ESP*".

[446] Circular externa SSPD No. 2016000000034 del 14 de junio de 2.016. "*Facultades de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios en los procesos de toma de posesión e instructivo de lineamientos básicos de gestión de la medida*".

En este orden de ideas, existen tres tipos de modalidad de toma de posesión de conformidad con lo dispuesto en la Ley 142 de 1.994 a saber: (i) *Administración*, supone que la entidad objeto de toma de posesión puede superar las causales que le dieron origen a la intervención con actos de mera gestión. (ii) *Con fines liquidatarios – etapa de administración temporal*, se aplica cuando las causas que dan origen a la intervención son de carácter estructural, en estos casos la SSPD, le corresponde liderar y coordinar las soluciones empresariales e institucionales sostenibles en el largo plazo que garanticen la prestación del o los servicios a cargo de la intervenida, básicamente en tratándose de empresas de servicios públicos se establece una administración temporal, que con fundamento en el artículo 8 de la Ley 689 de 2.001, el Superintendente una vez aplicada la acción de toma posesión, podrá designar o contratar una persona a la cual se le encargue de la administración de la empresa temporalmente. (iii) *Liquidación*, cuando la entidad intervenida no puede continuar con el desarrollo de su objeto social, la Superservicios puede ordenar su liquidación, a partir de ese momento se impone la disolución de la misma y las actividades a desarrollar son las tendientes a la terminación de la existencia legal, entre ellas el pago de pasivos hasta la concurrencia de los activos, los cuales son prenda general de los acreedores.

Según la información pública que reposa en los archivos de la SSPD al día de hoy, existen ocho E.S.P intervenidas bajo la modalidad de administración temporal, algunas de ellas son: Empresas de Servicios Públicos de Vélez – Emprevel E.S.P, Electricaribe S.A. E.S.P, Empresa de Servicios Públicos de Flandes – Espuflan, empresa de acueducto, alcantarillado y aseo de Yopal E.I.C.E.E.S.P – EAAAY, empresa de acueducto, alcantarillado y aseo de El Espinal E.S.P – EAAA, empresa de acueducto, alcantarillado del Carmen de Bolívar E.S.P - Acuecar. Por su parte, se encuentran tres en la modalidad de liquidación, Electrificadora del Tolima S.A.E.S.P – Electrolima, Empresas Públicas de Quibdó E.S.P – EPQ y Empresa del Servicio Público de Aseo de Cali E.S.P – EMSIRVA[447].

[447] Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios en: http://www.superservicios.gov.co/Intervenidas /Administracion-Temporal (consultada el 31 de octubre de 2.017).

Del mismo modo, a propósito de la función de inspección, se identifican dos acciones: (i) Las evaluaciones integrales a través de las cuales se evalúa la gestión financiera, técnica, comercial y administrativa de los prestadores de servicios públicos domiciliarios, realizando las evaluaciones integrales con el propósito de verificar el estado de la prestación de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado, aseo, energía y gas combustible. El procedimiento inicia definiendo los lineamientos preliminares para la evaluación integral de prestadores, cuyos responsables son los superintendentes delegados y los directores técnicos de gestión y/o coordinadores, es decir, que, según criterios definidos por los superintendentes delegados, se determinaran las empresas que requieren ser evaluadas integralmente durante la vigencia[448].

Una segunda acción en el marco de esta función, tiene que ver con las visitas técnicas a empresas prestadoras de SPD, que tienen como fin, obtener información sobre aspectos específicos de la prestación del servicio, en aras de identificar violaciones al régimen de SP y/o incumplimiento de sus funciones. En lo concerniente al procedimiento, inicia con la realización por parte de los directores técnicos de gestión y/o coordinador del grupo de pequeños prestadores AAA del cronograma de visitas, luego se continua con la preparación de la visita de inspección, la realización de la visita de inspección, la elaboración y publicación del informe de visitas y por último el seguimiento y definición de acciones en los casos en que apliquen, todas estas actividades las adelantan profesionales designados de las direcciones técnicas y/o grupo de pequeños prestadores AAA[449].

Por último, al estudiar la función de vigilancia se encuentran múltiples acciones, sin embargo, solo algunas de ellas poseen relación directa con el servicio público objeto de estudio, es así como, se anotaran en primera medida las atenciones de alertas tempranas, esta acción posee como objetivo dar trámites a las alertas ciudadanas que se

[448] Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. SIGME. Procedimiento evaluación integral, objeto del proceso, actividad, responsable, descripción de la actividad. Págs. 1 y ss.
[449] Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. SIGME. Procedimiento visitas técnicas a empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, objeto del proceso, actividad, responsable. Págs. 1 y ss.

presenten por eventos que puedan afectar la prestación de los SP de acueducto y otros, conforme a las disposiciones de la Ley 142 de 1.994 y demás normatividad vigente sobre la materia con el fin de adoptar las medidas de inspección, vigilancia y control a que haya lugar. El procedimiento inicia con la recepción, tipificación y análisis de la alerta y termina con la proyección del memorando de solicitud de investigación, en caso que requiera o con respuesta a los ciudadanos o denunciantes[450].

Una segunda acción en este marco, se trata de la certificación para la administración del Sistema General de Participaciones (SGP), esta acción tiene como propósito certificar o descertificar a los distritos y municipios del país para la administración de los recursos de SGP para agua potable y saneamiento básico. El procedimiento administrativo, inicia con la determinación del universo de municipios y distritos que deben ser certificados y termina con el acto administrativo que decide el recurso de reposición[451].

Otra es la certificación de coberturas mínimas en agua potable y alcantarillado, consiste en certificar o no a las entidades territoriales beneficiarias de regalías directas y compensaciones monetarias respecto de la cobertura en agua potable y alcantarillado para efectos del cambio de destinación de dichos recursos. El procedimiento inicia, con la recepción de la comunicación proveniente de DNP y termina con el trámite del recurso de reposición, en caso que se presente.

Como cuarta y quinta acción, se tienen por un lado, los trámites de Registro Único de Prestadores de SP – RUPS y reversión de información SUI y los trámites relacionados con las negativas de disponibilidad de los SP de acueducto y alcantarillado, con lo cual se busca, adelantar actuaciones administrativas remitidas por los prestadores de los servicios públicos de acueducto y/o alcantarillado en cumplimiento del artículo 2.3.1.2.7

[450] Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. SIGME. Procedimiento atención de alertas ciudadanas, objeto del procedimiento, alcance. Pág. 1.

[451] Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. SIGME. Procedimiento certificación de coberturas mínimas en agua potable y alcantarillado, objetivo de procedimiento, alcance del procedimiento. Págs. 1.

del Decreto 1077 de 2.105, a fin de determinar si le asiste razón o no al prestador en haber emitido negativa a la solicitud de disponibilidad de los servicios de acueducto y/o alcantarillado. El procedimiento inicia, con el análisis de la documentación recibida y requerimiento de información y termina con la firmeza del acto administrativo que resuelve la actuación[452].

[452] Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. SIGME. Procedimiento trámites relacionados con la negativa de disponibilidades de los SP de acueducto y alcantarillado, objeto del procedimiento, alcance. Págs. 1 y ss.

CONCLUSIONES

El presente trabajo estuvo dirigido al estudio del desarrollo normativo e institucional que ha presentado la regulación del servicio público domiciliario de acueducto en Colombia a partir de la constitución de 1.991, de cara al debate que se suscita a propósito de la anunciada independencia que posee la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico como AAI que se incorporó en nuestro sistema normativo e institucional a partir de las políticas neoliberales aplicadas durante la década de los noventa.

En consecuencia, se desarrolló de manera preliminar, un abordaje teórico sobre el concepto de Estado y sus diferentes fines a la luz de la función de regulación, desde una perspectiva histórica sin dejar de lado la necesaria reflexión a la que invita este tipo de investigaciones.

Ello otorgó la posibilidad de concluir que indistintamente de las fases y diversos fines que ha perseguido el Estado como institución, apoyado en las múltiples dimensiones ideológicas abstractas que le aportan identidad, encontramos puntos convergentes basados en la imperativa consolidación de legitimidad. De manera que, desde los modelos clásicos como el Estado Gendarme, hasta modelos contemporáneos como él Estado Regulador o la propia autorregulación, se hace evidente la necesaria búsqueda de la interpretación de los sistemas de creencias y valores distintivos de los grupos sociales en cada época, con el propósito de ejercer actuaciones de corte intervencionista acompasada con las expectativas vigentes. En procura, además de brindar seguridad, estabilidad, bienestar, garantía de derechos y cohesión social, para lo cual el Estado ha realizado ingentes esfuerzos en regular, por ejemplo, los servicios públicos esenciales para el desarrollo y la supervivencia de la especie humana.

En lo relativo a dicha regulación en el contexto global, se podría afirmar que constituye en sí misma, una herramienta de intervención a través de la cual los Estados se dotan de dientes que les permiten la inspección, el control y vigilancia frente a su prestación, Ergo, a pesar de la tendencia encaminada a implementar nuevos modelos dirigidos a reducir el tamaño del Estado, respecto del SPD de acueducto es destacable la especial reserva que se concede la administración, otorgándole la posibilidad de estar presente y participar en la actividad económica mediante la cual se provee. Así pues, el Estado actúa como un árbitro entre los actores involucrados en la prestación y los usuarios. Con el objetivo de evitar los monopolios, abusos derivados de posiciones dominantes, etc. En suma, el menoscabo del interés general. Además de realizar permanentes inversiones en infraestructura, necesarias para la adecuada y oportuna prestación del servicio[453].

En este mismo sentido, a través de un ejercicio de derecho comparado, se logró el acercamiento a las distintas agencias reguladoras presente en cinco países, analizadas desde el recurrente isomorfismo institucional y las características orgánicas y funcionales que las distinguen, lo cual permitió establecer adicionalmente, la manera en que se incorporaron dichos organismos a cada sistema, conservando o modificando la esencia de estos entes autónomos e independientes.

En línea con lo anterior, se pudo confirmar que en medio de palpables convergencias y divergencias presentes en los países donde se ha optado por implementar dicha función y consolidado en su estructura institucional el esquema de AAI dedicadas a la regulación de los SP, se destaca la indispensable responsabilidad de intervención que asume el Estado.

[453] A juicio del Superintendente delegado de acueducto, alcantarillado y aseo. Dr. Julián López Murcia (…) *El grueso siguen siendo municipios prestadores directos, pequeños prestadores, que lo deben llevar a usted a repensar un poco en la práctica como funciona esa vigilancia y control, porque, porque estas Indepedent Regulatory Agency, fueron creadas por que el Estado se salía y entonces dejaba un policía, lo que pasa es que, en agua potable, acueducto y alcantarillado el Estado no se ha podido salir. Usted va a ver que hay municipios prestadores directos, usted va a ver que hay empresas municipales, usted va a ver empresas que están vinculadas con contrato de operación con las empresas municipales, usted va a ver qué incluso los prestadores que no están vinculados por medio de un contrato de operación, sino que están simplemente bajo la libre competencia que establece la Ley 142, todo el tiempo que el desarrollo de su infraestructura está casi que ligado a los recursos públicos, entonces fíjese que el Estado acá nunca se fue.* [Entrevista personal, junio 14 de 2017].

De modo que, mediante esta función administrativa, se brinde plenas garantías a la dignidad humana de los ciudadanos.

Seguidamente, se abordó un juicioso y amplio estudio sobre las bases constitucionales, legales, el desarrollo jurisprudencial y de las disposiciones emanadas por la CRA como órgano regulador del SPD de acueducto en Colombia. Se identificaron en primera instancia, las motivaciones circunstanciales que inspiraron en su momento al constituyente del 91 para debatir y ubicar la temática del servicio público de acueducto como prioritario en la agenda. Así mismo, se analizó el RSPD, Ley 142 de 1.994, definido como la herramienta de intervención del Estado en la economía para el sector de los SPD.

De igual manera, se adelantó una propuesta de línea jurisprudencial siguiendo la metodología propuesta por LÓPEZ MEDINA[454]. Toda vez, el objeto de estudio de la presente investigación se encuentra en gran medida posado en sentencias de la Corte Constitucional, lo que indicó la pertinencia y necesidad de llevar a cabo una investigación de este orden. Por otra parte, se realizó un estudio de las disposiciones regulatorias expedidas por la CRA desde el año 2.010 hasta hoy, a la luz de la incorporación de derecho blando en las mismas.

En línea con lo anterior, se determinó que el marco regulatorio del Servicio Público Domiciliario de acueducto en Colombia es eficiente en términos relativos, en primera instancia, constitucionalmente encontramos un conjunto de articulados claros y con alto grado de fundamentación con apego a la Cláusula de Estado Social de Derecho, que además contienen principios que se traducen en la base para el mejoramiento de la calidad de vida y el bienestar general. Así mismo, en materia legal, las Leyes especiales 142 de 1.994 y 143 del mismo año y las leyes posteriores que las han adicionado y modificado, como sus decretos reglamentarios, en conjunto constituyen el soporte jurídico

[454] LÓPEZ MEDINA, Diego. *El derecho de los jueces*. Editorial Legis Editores S.A. Octava Reimpresión. 2.009.

de todo el sector de los SPD, estableciendo las reglas de la intención que sobre ellos debe ejercer el Estado.

Sin embargo, en lo relativo a las disposiciones regulatorias o actos administrativos propios de la Comisión de Regulación, quedó claro que la incorporación de Soft Law es escasa, condición que bien valdría la pena subsanar, en tanto en cuanto, la CRA con basamento es la incorporación de derecho blando, podría ampliar sus facultades y regular temas de alta trascendencia para los ciudadanos, como el mínimo vital[455].

Por último, en cuanto al desarrollo jurisprudencial, las Altas Cortes en sus fallos han abordado muy poco el tema de la regulación en materia de Servicios Públicos Domiciliarios, pues el Consejo de Estado, sobre la materia ha resuelto en pro de la protección y garantía de derechos colectivos y la Corte Constitucional, por su lado, se ha dedicado a la protección de los derechos fundamentales violados por las empresas prestadoras; solo en cuanto a demandas de Constitucionalidad emitió una Sentencia muy importante que es la 150 de 2.003, que se podría considerar como un tratado de regulación, debido a que desarrolla la regulación que ejerce el Estado como un tipo de intervención para la realización efectiva del Estado Social, tanto en el aspecto económico como de los servicios públicos domiciliarios. De estos últimos, plantea un juicio de constitucionalidad de las normas sobre fijación de tarifas, los deberes de los usuarios, suspensión del servicio, funciones de las Comisiones de Regulación, entre otros temas que hacen que esta sentencia sea tan consultada a la hora de conocer sobre la regulación en Colombia.

[455] Resulta de gran importancia, atender las recomendaciones realizadas en el Documento de trabajo proyecto general de la Comisión de Regulación de Agua potable y Saneamiento Básico y el Ministerio de Vivienda en el año 2015, sobre el "RANGO DE CONSUMO BÁSICO", que propone lograr por a través de una Ley el otorgamiento de competencias a la CRA para regular aspectos relacionados con el mínimo vital de agua, es decir, la cantidad de agua promedio diaria por habitante que debe suministrar el sistema de acueducto y que permita la aplicación del beneficio del mínimo vital en el cual se preserven los criterios de suficiencia financiera de los prestadores, así como los demás preceptos contenidos en la Ley 142 de 1.994, la prohibición de exonerar del pago; se señalen las personas que tienen derecho al mínimo vital, los principios que lo orientan, la fuente de los recursos, etc. (…)

También se hizo un análisis a través del cual se afrontaron los actores o instituciones que intervienen en la prestación del SPD de acueducto en Colombia, explicando detalladamente cada uno de ellos y su función específica respecto del nivel en el que se encuentran, dedicando especial atención a la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, toda vez hace parte esencial del objeto de estudio de la presente investigación.

En éste contexto, se estableció que son múltiple los actores involucrados en la prestación del SPD de acueducto en Colombia, generándose en ciertos casos, colisión y duplicidad de funciones, esto lo podemos validar con la asunción hecha por el Dr. LÓPEZ MURCIA, Superintendente Delegado de Acueducto, Alcantarillado y Aseo, en virtud del análisis sobre las funciones que ejerce el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, en tanto al ser proveedor de los recursos en el sector, podría incidir en la modificación del comportamiento de los actores generando o contrayendo erogación de recursos, en virtud de los resultados que arrojen respecto de las tareas que le correspondan para la operación de un acueducto, situación que se entendería como una evidente función de vigilancia y control en la práctica[456]. Adicionalmente, con base en las cifras expuestas por el profesor MARCO A. VELILLA en el año 2.005 y las presentadas por el ex director del DNP SIMÓN GAVIRIA diez años después, se determinó que en Colombia la participación del Estado en la provisión del SPD de acueducto, representa la cuarta parte del mercado nacional.

Sobre el particular, además se profundizo en lo relativo a la independencia que posee la CRA, actor de notable importancia en ésta investigación, para lo cual se incitó una tensión en el análisis a partir de diversos criterios, permitiendo identificar aparentes debilidades que minan la esencia de dicho organismo entendido como una AAI, es así como su origen legal, composición y el mecanismo de designación de los expertos comisionados derivan en profundas injerencias de los poderes legislativos y ejecutivos impidiendo que se logré una tarea de regulación despojada de los intereses sectoriales del Gobierno y los avatares de la política.

[456] [Entrevista personal, junio 14 de 2.017].

Esto condujo a formular un primer cambio estructural en la normatividad vigente, que deberá liderar el Legislativo en aras de replantear el origen y la naturaleza de la designación de los expertos comisionados, de tal suerte que le permita a la CRA tener un mayor grado de independencia respecto del poder ejecutivo y así perfilar una comisión con alto grado de discrecionalidad garantizando una producción de disposiciones regulatorias cuya inspiración sea corregir las fallas del mercado y no complacer los intereses de ciertos sectores.

Empero, no solo se analizó el tema desde la perspectiva expuesta renglones anteriores. De igual manera, se evidenció que la CRA representa un mito en nuestro sistema jurídico e institucional, en la medida en que se trata de una mala adaptación motivada por la globalización imperante y el isomorfismo en las instituciones, inducido aparentemente por las recomendaciones de organismos multilaterales tales como el FMI y el BM, frente a lo cual los países temen negarse, toda vez se exponen a perder legitimidad, credibilidad, estabilidad y perspectiva en el concierto internacional.

Por último, se logró el estudio de los actores que cumplen la función de vigilancia y control en la actividad de prestación del SPD de acueducto. Según lo establece la CP y la Ley 142 de 1.994, la SSPD delegada para acueducto, alcantarillado y aseo se encarga de cumplir con ella. No obstante, la ciudadanía representada en la usuarios, suscriptores y suscriptores potenciales, aparecen como un segundo actor con igual grado de importancia que la misma superintendencia.

Esto llevó al análisis de las herramientas con que cuentan estos dos actores para cumplir dicha función, determinando para el primer caso el urgente e indispensable fortalecimiento técnico y presupuestal, teniendo en cuenta que el fondo empresarial que financia a la SSPD delegada en esta materia, es de apenas 150.000 millones de pesos, situación que representa un gran obstáculo al momento de impartir medidas sancionatorias tales como la intervención de una empresa prestadora y para el segundo caso la realidad es similar, si bien es cierto que existen muchos ciudadanos que hacen la tarea con reconocido

patriotismo y empeño en el seno de los Comités de Desarrollo y Control Social, es necesario brindarles más herramientas económicas logísticas y técnicas para que puedan ejercer su labor, con el objetivo de plantear una situación más par con las empresas[457].

Todo esto permite concluir que, el marco regulatorio del SPD de acueducto en Colombia es eficiente en términos relativos, de igual manera, no se cuenta con una CRA autónoma e independiente, situación que deriva en serias distorsiones contenidas en las disposiciones regulatorias emanadas por este órgano. En consecuencia, el esquema institucional requiere de cambios que permitan subsanar las debilidades invocadas en esta investigación. Ergo, resulta pertinente acudir a la réplica de buenas prácticas y avanzar en la creación de un solo órgano donde se concentren las funciones de regulación, vigilancia y control en aras de evitar colisión y duplicidad de funciones, generadores de ineficiencia en el esquema de regulación y gasto público excesivo.

[457] Superintendente delegado de acueducto, alcantarillado y aseo. Dr. JULIÁN LÓPEZ MURCIA [Entrevista personal, junio 14 de 2.017].

BIBLIOGRAFÍA

Artículos, Libros y Tesis

AMADOR CABRA, Luis Eduardo. *Los Servicios Públicos frente a las Reformas Económicas en Colombia*. Editorial Universidad Externado de Colombia. Primera edición. Bogotá. 2.011.

AMAR, Juan José & ECHEVERRÍA, Judith. Artículo de investigación: *Participación comunitaria para el control ciudadano de los servicios públicos domiciliarios en el barrio el Bosque, Distrito de Barranquilla*. Revista de Derecho. Universidad del Norte, 25: 141 – 189. 2.006.

ARAÚJO OÑATE, Rocío. *Antecedentes y marco constitucional de la función legislativa, reglamentaria y regulatoria de los servicios públicos domiciliarios en Colombia.* Citado por el Editor RESTREPO MEDINA, Manuel. El derecho administrativo en los albores del siglo XXI. Facultad de Jurisprudencia. Editorial Universidad del Rosario. Bogotá. 2.007. (Colección textos de jurisprudencia).

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principios de Derecho Público Económico. Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica*. Universidad Externado de Colombia. 2.003.

ARREDONDO MARTÍNEZ, Margarita Rosa. ÁLVAREZ PULGARÍN, Marta Lucía. RIVERA GIRALDO, Marta Cecilia. *Estado Público y Estado Privado en competencia.* Citado por el Compilador VELILLA, Marco Antonio. Los servicios públicos como instrumento de solidaridad y cohesión social del Estado. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez C. Ltda. Bogotá. 2005.

ARROYO JIMÉNEZ, Luis. *Autorregulación y sanciones*. Editorial Lex Nova. España, 2.008.

ATEHORTÚA RÍOS, Carlos Alberto. *Régimen de los Servicios Públicos Domiciliarios, en el contexto de la doctrina constitucional.* Editorial Biblioteca Jurídica Diké. Medellín-Colombia. 2008.

ATEHORTÚA RÍOS, Carlos Alberto. *Servicios Públicos Domiciliarios y las TIC en el contexto del precedente judicial*. Compiladores: Julio César Caballero y Carlos Augusto Betancur. Editorial Biblioteca Jurídica Diké. Medellín- Colombia. 2.012.

BAUDY, Pierre*. Los servicios públicos en Europa.* Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2.010.

BENEDICT, Kingbury; NICO, Krisch; y RICHARD, B. Stewart. Artículo: El surgimiento del derecho administrativo global. Revista de Derecho Público. Edición No. 31. e-ISSN: 1909-7778.

BERNING PRIETO, Antonio David. Personal investigador en formación (FPU-MECD) en el área de Derecho Administrativo de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla. Derecho Administrativo.

BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés. Las administraciones independientes. Tecnos, ciencias jurídicas. Madrid. 1.994.

BETANCUR, Luis Ignacio. *La prestación de los servicios públicos*. En: Instituciones de Derecho Administrativo, la administración y su actividad. Arenas, Hugo Andrés. Editar Académico. Tomo I.

BUENAHORA, Jaime. *El proceso constituyente. De la propuesta estudiantil a la quiebra del bipartidismo.* Cámara de Representantes. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá D.C. 1.991.

BULLINGER, Martin. *Derecho de la Regulación, los Servicios Públicos y la Integración regional en Alemania*. En: Derecho de la Regulación, Servicios Públicos y la Integración Regional, experiencias europeas. Tomo II. L'Hartmattan. Paris 2.005.

CALDERÓN. Ángela Victoria. *Análisis de la conveniencia de la asignación de los recursos del sistema general de participaciones para el sector de agua potable y saneamiento básico en la vigencia 2.011*. Editorial Universidad Militar Nueva Granada. Bogotá. 2.013.

CASSAGNE, Juan Carlos*. Derecho Administrativo.* Tomo II. Abeledo Perrot. Novena Edición. Buenos Aíres.

CHEVALLIER, J. *Réflexions sur l´institution des autorités administratives indépendantes.*

COMISIÓN DE REGULACION DE AGUA POTABLE (CRA). *El estado del arte de la Regulación en el sector de agua potable y saneamiento básico en Colombia*. Ediciones de la Comisión de Regulación de Agua potable y Saneamiento Básico (CRA). Bogotá, 2.001.

COMISIÓN DE REGULACIÓN DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BÁSICO (CRA). *Plan Estratégico Quinquenal 2016 – 2020.* Análisis de impacto normativo.

CONPES 3816 de 2.014

DANE. Censo Nacional de 1.985.

DARNACULLETA I GARDELLA*. Mercé. Autorregulación y Derecho Público*: *La Autorregulación Regulada.* Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales. Madrid. 2.005.

DAZA, Yenny Paolin. *Mecanismos de participación ciudadana como control social dentro de los servicios públicos domiciliarios* . Anteproyecto de Investigación. Universidad Santo Tomas. Facultad de Derecho. Bogotá. 2.015.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO.” *La gestión comunitaria del agua*”. Los servicios públicos domiciliarios y los acueductos comunitarios. Bogotá. 2.013.

DE ALCÁZAR BAENA. M. Homenaje al Profesor Dr. D Ramón Martín Mateo. *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI.* Tomo II. Tirant lo Blanch. Valencia. 2.000.

DIAZ PERILLA, Viviana. *Una mirada al Estado pos-moderno de Jacques Chevallier*. En: Derecho Administrativo Contemporáneo. Universidad del Rosario. 2.005.

Documento de trabajo proyecto general de la Comisión de Regulación de Agua potable y Saneamiento Básico y el Ministerio de Vivienda en el año 2015.

DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo, servicio público*. Ediciones Ciudad Argentina. Buenos Aíres, 1.997.

DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo.* Décima edición. Editorial de ciencia y cultura. Buenos Aires-Madrid. 2.004.

ELDOWNEY, Jhon Mac. *La Prestación de los Servicios Públicos*. En: Instituciones de Derecho Administrativo. Tomo I. Editar académico.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Curso de derecho administrativo*. Tomo I. Temis 12ª. ed. Bogotá, 2.008.

GONZALEZ MORALES. Diana Marcela. *Instituciones del Sistema Nacional Ambiental* . Investigación Dirigida. Universidad Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario. Facultad de Jurisprudencia. Bogotá D.C. 2.005.

GRAU, Eros Roberto. *La Regulación en Brasil.* En: Derecho de la Regulación, Servicios Públicos y la Integración Regional, comparaciones y comentarios. Tomo I. L'Hartmattan. Paris 2.005.

GUTIÉRREZ CASTAÑEDA, Nancy Patricia. *Los subsidios a los servicios públicos.* Citado por el Compilador VELILLA, Marco Antonio. Los servicios públicos como instrumento de solidaridad y cohesión social del Estado. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez C. Ltda. Bogotá. 2.005.

HERNÁNDEZ GALINDO, José Gregorio. *Los Servicios Públicos en la Constitución Política*. En: Los Servicios Públicos como Instrumento de Solidaridad y Cohesión Social del Estado. Biblioteca Millennio. Bogotá. 2.005.

ISAZA CARDOZO, Germán. *El Derecho al agua y el mínimo vital en el marco del servicio público domiciliario de acueducto en Colombia*. Trabajo presentado para optar el titulo de Magíster en Derecho Administrativo. Universidad del Rosario. Facultad de Jurisprudencia. Bogotá. 2.014.

JELLINEK, G. *Teoría General del Estado*. Compañía Editorial Continental S.A. México D.F. 1958.

KELSEN, Hans. *Teoría General del Derecho y el Estado*. Universidad Autónoma de México. 1.995.

KELSEN, Hans. *Teoría General del Estado*. Editorial Nacional. México D.F 1.965.

LASHERAS, Miguel Ángel. *La Regulación Económica de los Servicios Públicos*. Ariel Economía. España, 1.999.

LIMA CIRNE. Carlos Roberto. *Principios de Derecho Administrativo*. Quinta edición. Revista dos Tribunais, Sao Paulo. 1.982.

LIZARDO, Liana y ARZOLA, Marcela. La regulación económica tendencias y desafíos. Primera edición. Editorial Universidad del Rosario. Colección de textos de Jurisprudencia 2.004. Bogotá. 2004.

LOMBARTE RALLO, Artemi. *La constitucionalidad de las administraciones independientes*. Tecnos, ciencias jurídicas. Madrid. 2.002.

LOPEZ MEDINA, Diego Eduardo. *El derecho de los Jueces.* Octava reimpresión. Editorial Legis Editores S.A. Bogotá, 2009.

MALAGÓN PINZÓN, Miguel Alejandro, "*Vivir en Policía. Una contralectura de los orígenes del derecho administrativo colombiano*", Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2007.

MARCOU, Gerard y MODERNE, Frank*. Derecho de la regulación, los servicios públicos y la integración regional, comparaciones y comentarios*. Tomo I. Editorial Universidad del Rosario. Bogotá, 2.009.

MARCUO, Gérard y MODERNE, Frank. *Derecho de la Regulación, Servicios Públicos y la Integración Regional, experiencias europeas*. Tomo II. Editorial Universidad del Rosario. Bogotá, 2.009.

MARÍN VÉLEZ, Carlos Enrique. *El Derecho Administrativo entre la Modernidad y la Globalización* En: Retos y perspectivas del Derecho Administrativo. Editorial Universidad del Rosario. Bogotá 2.009.

MARTINEZ SALVADOR, María. *Autoridades Independientes, un análisis comparado de los Estados Unidos, el Reino Unido, Alemania y España.* Ariel Derecho. España. 2.002.

MEYER, John & ROWAN, Brian. *Organizaciones Institucionalizadas: Estructura formal como Mito y Ceremonia*. Universidad de Stanford.

MITNICK M. Barry, *La Economía Política de la Regulación*, Fondo de Cultura Económica/Economía Contemporánea. México. 1.989.

MOLINA TORRES, José Antonio. *Régimen de los Servicios Públicos Domiciliarios.* Editorial Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez Ltda. Santa Fe de Bogotá D.C. 1.998.

MOREIRA. A. *Los Fines del Estado, legitimidad y eficacia.* Revista de estudios políticos. 1.968 – dialnet.unirioja.es.

MORENO, Luis Ferney. *Servicios públicos domiciliarios.* Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2.001.

ORTIZ ARIÑO, Gaspar. "Principios de Derecho Público Económico, Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica", Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2004.

PACTO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. Artículo 27. 1.976.

PARADA. Ramón. *Conceptos y fuentes del Derecho Administrativo*. Segunda edición. Marcel Pons. 2.012.

PONCE DE LEÓN ARMENTA, Luis. Metodología del Derecho. Editorial Porrúa S.A. México DF. 1.996.

QUINCHE RAMÍREZ, Manuel. Derecho Constitucional Colombiano. Sexta Edición. Editorial TEMIS. Bogotá D.C. 2.015.

RAMÍREZ, Claver. GÓMEZ Bernardo. *Comentarios al Régimen Constitucional y Legal de los Servicios Públicos Domiciliarios*- Acueducto y Alcantarillado en los pequeños municipios. Primera edición. Biblioteca Jurídica Diké. Medellín. 2.001.

RAMÍREZ GÓMEZ, Javier. *Prácticas de tarifas y redistribución de ingresos: Algunas apreciaciones jurídicas sobre la contribución y los subsidios.* En: Con – texto, revista de Derecho y Economía. No. 18. agosto de 2.001.

RAMIREZ GÓMEZ, Javier*. Régimen Legal de la competencia en los servicios públicos domiciliarios*. En: Revista de Derecho, Universidad del Norte. No. 20. Año 2.003.

RESTREPO MEDINA Manuel Alberto. Audio, clase magistral: *Fundamentos del Derecho Administrativo*. II Semestre 2011.

RESTREPO MEDINA, Manuel. "Derecho *Administrativo Contemporáneo*: *¿Derecho Administrativo Neo – Policial?"* En: Retos y perspectivas del Derecho Administrativo. Editorial Universidad del Rosario. Bogotá 2.009.

RESTREPO SALAZAR, Juan Camilo. *Los subsidios a los servicios públicos.* Citado por el Compilador VELILLA, Marco Antonio. Los servicios públicos como instrumento de solidaridad y cohesión social del Estado. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez C. Ltda. Bogotá. 2.005.

RODRÍGUEZ, Gloria Amparo. LOZANO, GÓMEZ, Andrés. *Protección Jurídica del Agua en Colombia.* Colección Ambiente y Desarrollo Sostenible 1. Universidad del Rosario. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá D.C. 2.011.

RODRÍGUEZ, Gloria Amparo y GÓMEZ REY, Andrés. *"El principio de imparcialidad en la vigilancia y control de los servicios públicos domiciliarios. Una mirada a través de la situación del sector solidario".* Revista de Derecho Público No. 32. Facultad de Derecho. Universidad de los Andes. Enero – junio de 2.014. ISSN 1909 – 7778.

SALAMANCA LEÓN, Jaime. *Revista Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico* No. 8. ISSN 0123-370X. 2.002.

SANCHÉZ HERNÁNDEZ. Hugo Alejandro, *La Noción de Autoridad Administrativa Independiente en España y Colombia"* Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá. 2.016.

SÁNCHEZ LUQUE, Guillermo. *Del carácter singular del Derecho de la Competencia en los Servicios Públicos Domiciliarios.* Citando a Revista Contexto No. 13. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2002.

SÁNCHEZ LUQUE, Guillermo. *La defensa del usuario de los servicios públicos en la Ley 142 de 1.994*.

SÁNCHEZ, Hugo Alexander. Ponencia presentada en la jornada colombo – francesa de derecho constitucional y administrativo. *Las autoridades administrativas independientes como fenómeno global y su impacto en Francia y en Colombia.* Bogotá, 2.016.

SANTANA, María del Carmen. BONILLA, Juan Fernando. CASTILLO, Carlos Andrés. RANGO DE CONSUMO BÁSICO. Documento de trabajo proyecto general. Comisión de Regulación de Agua potable y Saneamiento Básico y Ministerio de Vivienda. 2.015

SARMIENTO PALACIO, Eduardo. *Privatizaciones, monopolio, y regulación en las Empresas de Servicios Públicos.* Citado por el Compilador VELILLA, Marco Antonio. Los servicios públicos como instrumento de solidaridad y cohesión social del Estado. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez C. Ltda. Bogotá. 2.005.

SOLANES, Miguel. *Servicios Públicos y Regulación. Consecuencias Legales de las fallas del Mercado*. En: serie No. 2. Recursos Naturales e Infraestructura, CEPAL, septiembre 1.999.

STAPPER BUITRAGO. Cristian, *La Regulación de los Servicios Públicos Domiciliarios, eficiencia y protección de los derechos de los usuarios*, Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico. Bogotá. 2.009.

STONE. Diana. *Agentes de Transferencia y Redes Globales Transnacionalización de la política*. University of Warwick. Repositorio institucional.

Superintendencia de Servicios Públicos. *Estudio Sectorial Acueducto y Alcantarillado. 2.014. Acciones de Vigilancia y Control.*

Superintendencia de Servicios Públicos. *Cartilla de servicios públicos para entidades territoriales*. Bogotá. 2.012.

Superintendencia de Servicios Públicos. *Estud*io Sectorial Acueducto y Alcantarillado. 2.010. Acciones de Vigilancia y Control.

Superintendencia de Servicios Públicos. *Estudio Sectorial Acueducto y Alcantarillado. 2.006. Acciones de Vigilancia y Control.*

Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. SIGME (SISTEMA INTEGRADO DE GESTIÓN).

TRILLO FIGUEROA, Jesús – DE BORJA LÓPEZ JURADO, Francisco. "*La Regulación del Sector Eléctrico"*, Editorial Civitas, España 1996.

VALENCIA VILLA, Hernando. *Cartas de Batalla. Una crítica del constitucionalismo colombiano.* En: Derecho Constitucional Colombiano. Sexta edición. Editorial TEMIS. Bogotá D.C. 2.015.

VARGAS. A. *Participación Social y Democracia. El papel de la Personería*. Instituto para el Desarrollo de la Democracia Luis Carlos Galán. Bogotá.

VELILLA, Marco Antonio. Los servicios públicos como instrumento de solidaridad y cohesión social del Estado. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez C. Ltda. Bogotá. 2.005.

VERGARA BLANCO, Alejandro. *Regulación económica de los servicios públicos.* ARA Editores. Perú. 2.010.

VIDAL PERDOMO, Jaime. *El renacer de la noción de servicio público.* Citado por el Compilador VELILLA, Marco Antonio. Los servicios públicos como instrumento de solidaridad y cohesión social del Estado. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez C. Ltda. Bogotá. 2005.

YOUNES MORENO. Diego. *Curso de Derecho Administrativo, novena edición actualizada*. TEMIS.

Jurisprudencia, normatividad, decretos, leyes, resoluciones, circulares y conceptos.

CIRCULAR EXTERNA No. 20161000000034 DEL 14 DE JUNIO DE 2.016.

COMISIÓN DE REGULACIÓN DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BÁSICO (CRA). Resolución 750 de 2.016 CRA. 2016.

COMISIÓN DE REGULACIÓN DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BÁSICO (CRA). Resolución CRA. 735 de 2.015.

COMISIÓN DE REGULACIÓN DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BÁSICO (CRA). Resolución CRA. 688 de 2.014.

COMISIÓN DE REGULACIÓN DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BÁSICO (CRA). Resolución CRA. 543 de 2.011.

COMISIÓN DE REGULACIÓN DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BÁSICO. Resolución CRA. 5472 de 2.003.

COMISIÓN DE REGULACIÓN DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BÁSICO. Resolución CRA. 151 de 2.001.

CONCEPTO SSPD No. 321 del 21 de junio de 2.013.

Congreso Nacional de Chile. Biblioteca. Decreto con fuerza de Ley No. 382 de 1.998.

CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCIÓN PRIMERA. Ref.: Expediente núm. AP 2013-00361-01. Consejera Ponente: María Elizabeth García González. Actores: ROBERT DIMAS DORIA Y OTRO. Acción popular. Bogotá D.C., cinco (5) de marzo de dos mil quince 2015.

CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCIÓN TERCERA- SUBSECCIÓN C. Radicación: 230012331000200300650 02. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. Actores: Vicente Sánchez Mejía y otros. Demandado: Empresa Comercial ELEC. S.A y otros. Referencia: Acción de grupo. Bogotá, D.C., 7 de marzo de 2.011.

CONSEJO DE ESTADO. Referenciado en la Sentencia del Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Cuarta. Consejera Ponente: María Inés Ortiz Barbosa. Radicación número: 25000-23-26-000-2002-01286-01(AP). Bogotá, D. C., diecisiete (17) de julio de dos mil tres (2.003).

Constitución Política de 1.991.

Constitución Política de 1886.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T–139 de 2.016. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio. Bogotá D.C. 2.016.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T–761 de 2.015. Magistrado Ponente: Alberto Rojas Ríos. Bogotá D.C. 2.015.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C–094 de 2.015. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva. Bogotá D.C. 2015.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T–790 de 2.014. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Bogotá D.C. 2.014.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C–172 de 2014. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio Palacio. Bogotá. 2014.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T–891 de 2.014. Magistrado Ponente: María Victoria Calle Correa. Bogotá D.C. 2.014.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C–826 de 2.013. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva. Bogotá. D.C. 2.013.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T–167 de 2.011. Magistrado Ponente: Juan Carlos Henao Pérez. Bogotá D.C. 2.011.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T–740 de 2.011. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto. Bogotá D.C. 2.011.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C–186 de 2.011. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto. Bogotá, 2.011.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C–717 de 2.010. Magistrada Ponente: María Victoria Valle Correa. Bogotá D.C. 2.010.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T–546 de 2.009. Magistrado Ponente: María Victoria Calle Correa. Bogotá D.C. 2.009.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C–955 de 2.007. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra. Bogotá. 2.007.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C–736 de 2.007. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra. Bogotá. 2.007.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C–060 de 2005. Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería. Bogotá. D.C. 2005.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C–1120 de 2.005. Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería. Bogotá. 2.005.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C–041 de 2.003. Magistrado Ponen te: Jaime Córdoba Triviño. Bogotá. 2.003.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C–042 de 2.003. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño. Bogotá D.C. 2.003.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C–150 de 2.003, Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa. Bogotá. 2.003.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C–741 de 2.003. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa. Bogotá. 2.003.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C–290 de 2002. Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández. Bogotá D.C. 2002.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C–389 de 2.002. Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández. Bogotá D.C. 2002.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C–827 de 2.001. Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis. Bogotá. 2.001.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C–636 DE 2.000. Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell. Santafé de Bogotá. 2.000.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C–1162 de 2.000. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo. Bogotá, 2.000.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C–272 de 1.998. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. Bogotá. 1.998.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C–252 de 1.997. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. Santa Fe de Bogotá, D.C. 1.997.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C–493 de 1.997. Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz. Santafé de Bogotá, D.C. 1.997.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C–566 de 1.995. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. Santa Fe de Bogotá, D.C. 1.995.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-578 de 1.992. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. Bogotá D.C. 1.992.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C–580 de 1.992. Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz. Santafé de Bogotá D.C. 1.992.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T– 570 de 1.992. Magistrado Ponente: Jaime Sanín Greiffenstein. Santa Fe de Bogotá. 1.992.

Decreto 1077 de 2.015.

Decreto 2392 de 2.015.

Decreto 1484 de 2.014.

Decreto 2728 de 2.012.

Decreto 2555 de 2.010.

Decreto 2590 de 2.007.

Decreto 849 de 2.002.

Decreto 302 de 2.000.

Decreto 421 de 2.000.

Decreto 510 de 1.999.

Decreto 565 de 1.996.

Decreto 1524 de 1.994.

Decreto 663 de 1.993.

Decreto 2152 de 1.992.

Decreto 2167 de 1.992.

Decreto 306 de 1.992.

Decreto 2591 de 1.991

Decreto 1926 de 1.990.

Decreto 927 de 1.990.

Decreto 951 de 1.989.

Decreto 1038 de 1.984.

Decreto 2811 de 1.974.

Decreto 410 de 1.971.

Decreto 3069 de 1.968.

Decreto 3130 de 1968.

Decreto 1050 de 1968.

Diario Oficial No 32.690 de 1.969

GACETA CONSTITUCIONAL, No. 53. 18 de abril de 1.991.

GACETA CONSTITUCIONAL, No. 85. 29 de mayo de 1.991.

GACETA CONSTITUCIONAL, No. 21, 15 de marzo, 1.991.

Ley 1753 de 2.015.

Ley 1755 de 2.015.

Ley 1437 de 2.011.

Ley 1151 de 2.007.

Ley 1176 de 2.007.

Ley 732 de 2.002.

Ley 689 de 2.001.

Ley 715 de 2.001.

Ley 743 de 2.000.

Ley 632 de 2.000.

Ley 472 de 1.998.

Ley 393 de 1.997.

Ley 286 de 1.996.

Ley 142 de 1.994.

Ley 143 de 1.994.

Ley 80 de 1.994.

Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. 1.976.

Proyecto de Ley número 120 de 2.016 Senado, 097 de 2.015 Cámara.

Proyecto de Ley radicado ante el Congreso de la República del cual más tarde se expidió la Ley 142 de 1994. 21 de octubre de 1992. Santa fe de Bogotá, D. C.

Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. Res. 20161300013785 del 23 de mayo de 2.016.

Fuentes Electrónicas

Constitución Política de la República Federal de Brasil, en http://www.jurisprudenciaelectoral.org/sites/default/files/legislacion/Brasil/1republica_federativa_brasil_constitucion_politica_1988_es.pdf. (consultada el 23 de noviembre de 2.016).

Constitución Política de la República de Chile, en https://www.camara.cl/camara/media/docs/constitucion_politica.pdf (consultada el 02 de febrero de 2.017).

DE SECONDAT, Charles Louis. *De L'esprit des Lois*. Libro XI Capítulo VI.1747, en http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/la-divisi%C3%B3n-de-poderes-en-lastransformaciones-del-estado-de-derecho-i BERNING PRIETO, Antonio David. Personal investigador

en formación (FPU-MECD) en el área de Derecho Administrativo de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla. Derecho Administrativo. (consultada el 10 de marzo de 2.017).

Biblioteca virtual Luis Angela Arango. Banco de la República, en http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/ayudadetareas/politica/el_frente_nacional (consultada el 15 de marzo de 2.017).

DATOS ABIERTOS. Gobierno Digital de Colombia, en: https://www.datos.gov.co/dataset/EMPRESAS-PRESTADORAS-DE-SERVICIOS-PUBLICOS-EN-SANT/98rg-mxv6/data (consultada 08 de diciembre de 2.017).

DEPARTAMETO DE ASUNTOS ECONÓMICOS Y SOCIALES DE NACIONES UNIDAS. *Decenio INTERNACIONAL PARA LA ACCIÓN: "EL AGUA FUENTE DE VIDA" 2.005-2.015",* en: http://www.un.org/spanish/waterforlifedecade/pdf/facts_and_figures_human_right_to_water_spa.pdf (consultada el 26 de Nov. de 2.017).

DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA, en http://www.rae.es/ (consultada el 17 de marzo de 2.017)

DUARTE ACOSTA, César Augusto. Procesos Éticos en el Fortalecimiento del Estado Colombiano – Curso de Formación de Funcionarios Conciliadores de la PGN facilitador Fabio Hernández Ramírez. Bogotá D.C., 2.012, en http://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/Procedimiento%20Administra tivo%20-5%20de%20sept%202012.pdf (consultada el 25 de marzo de 2.017).

LASHERAS MERINO, Miguel A. La Regulación Económica de los Servicios Públicos, en http://www.revistasice.com/CachePDF/ICE_788_179188__7BC667BC5DCC6B5CEF9C1A35CD21E8FF.pdf (consultada el 23 de Nov. de 2.017).

MOTTA VARGAS, Ricardo. El derecho humano al agua potable: entre un reconocimiento popular y jurisprudencial. Misión Jurídica. Revista de Derecho y ciencias sociales. Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca. 2.011. Pág. 262, en: file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-ElDerechoHumanoAlAguaPotable-5167562.pdf (consultada el 26 de Nov. de 2.017).

Proyecto de Ley número 120 de 2.016 Senado, 097 de 2.015 Cámara. “Por medio del cual se establecen normas de protección y garantías contra abusos hacia los usuarios de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones”, en http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=27&p_numero=120&p_consec=46819 (consultada el 28 de marzo de 2.017).

SANTANA, María del Carmen. BONILLA, Juan Fernando. CASTILLO, Carlos Andrés. RANGO DE CONSUMO BÁSICO. Documento de trabajo proyecto general. Comisión de Regulación de Agua potable y Saneamiento Básico y Ministerio de Vivienda. 2.015, en https://tramitesccu.cra.gov.co/normatividad/admon1202/files/Documento_de_Trabajo_y_Participaci%C3%B3n_Ciudadana_750.pdf (consultada el 10 de mayo de 2.017).

Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, en http://www.superservicios.gov.co/Institucional/Nuestra-Entidad (consultada el 01 de abril de 2.017).

DANE. Planib, Necesidades Básicas 1.985, 1.993, 2.005, en https://www.dane.gov.co/files/censos/resultados/prest_NBI_100708.pdf (consultada el 15 de abril de 2.017).

DNP. https://www.dnp.gov.co/Paginas/Dispersi%C3%B3n-de-empresas-de-acueducto-hace-necesaria-la-fusi%C3%B3n-de-algunas-de-ellas.aspx (consultada el 08 de noviembre de 2.017).

YEPES, Guillermo. Los subsidios cruzados en los servicios de agua potable y saneamiento. Banco Interamericano de Desarrollo- Departamento de Desarrollo Sostenible. Washington, D. C. 2.003. Págs. 2 y 3, en http://services.iadb.org/wmsfiles/products/Publications/352883.pdf (consultada el 23 de abril de 2.017).

Observación general Nº 15: El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), en https://www.escr-net.org/es/recursos/observacion-general-no-15-derecho-al-agua-articulos-11-y-12-del-pacto-internacional (consultada el 25 de abril de 2.017).

BRAVO BORDA, Diego. *Venta de Agua en Bloque*. Panel ANDESCO- Visiones empresariales sobre acceso y uso compartido de Infraestructura de Acueducto. Cartagena de Indias. Diapositivas de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P. 2.012. Diapositivas 3, 5 y 8, en https://es.slideshare. net/andesco/5a-tallerdiegobravoeaab (consultado el 10 de mayo de 2.017).

SANTANA, María del Carmen. BONILLA, Juan Fernando. CASTILLO, Carlos Andrés. RANGO DE CONSUMO BÁSICO. Documento de trabajo proyecto general. Comisión de Regulación de Agua potable y Saneamiento Básico y Ministerio de Vivienda. 2.015, en https://tramitesccu.cra.gov.co/normatividad/admon1202/files/Documento_de_Trabajo_y_Participaci%C3%B3n_Ciudadana_750.pdf (consultado el 10 de mayo de 2.017).

Empresas Públicas de Medellín EPM, en http://www.epm.com.co/site/Home/Institucional.aspx (consultado el 22 de mayo de 2.017).

Empresas Públicas Municipales de Sibaté, S.C.A. E.S.P, en http://www.epmsibate.com/nosotros/historia.html (consultado el 23 de mayo de 2.017).

Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico CRA, en http://www.cra.gov.co/es/acerca-de-la-entidad/donde-estamos (consultada el 01 de junio de 2.017).

Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, en http://www.superservicios.gov.co/Institucional/Nuestra-Entidad (consultada el 12 de junio de 2.017).

Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios en: http://www.superservicios.gov.co/Intervenidas/Administracion-Temporal (consultada el 31 de octubre de 2.017).

Entrevistados.

Dr. SOTO P, Fernando. Experto encargado de América Latina y el Caribe de la Dirección de Asuntos Internacionales de la Cámara de Diputados de Chile.

Dr. BETANCUR, Luis Ignacio. Abogado, docente Investigador y experto en servicios públicos.

Dr. MESA BUITRAGO, Jaime Humberto. Experto Comisionado de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico- CRA

Dr. BUENAHORA, Jaime. Representante a la Cámara por la circunscripción internacional, director del MAS en Diplomacia y Relaciones Internacionales de la Universidad Fairleigh Dickinson en los Estados Unidos de América, en 1.991 cuando se llevó a cabo la constituyente, el Dr. Buenahora era Representante a la Cámara, dignidad que le permitió asistir a todos los debates suscitados en este escenario de trasformación para el país.

Dr. LÓPEZ MURCIA, Julián. Superintendente Delegado Acueducto, Alcantarillado y Aseo.

ANEXO

INSTRUMENTO 1- Entrevista en profundidad a expertos

ENTREVISTA #1

EXPERTO: Dr. Fernando Soto P, encargado de América Latina y el Caribe de la Dirección de Asuntos Internacionales de la Cámara de Diputados de Chile.

FECHA DE ENVÍO DE LA SOLICITUD: 6 de marzo de 2.017 y 23 marzo de 2.017

FECHA DE RESPUESTA DE LA SOLICITUD: 16 de marzo de 2.017, 22 marzo de 2.017 y 28 marzo de 2.017

OBJETIVO DE LA ENTREVISTA: servir como instrumento para la identificación de concepciones y perspectivas acerca del servicio público de acueducto, en su relación con el Estado Social de Derecho, el marco jurídico aplicable, la teoría de regulación de los servicios públicos domiciliarios y la Institución y Estado.

OBJETIVO GENERAL DE LA INVESTIGACIÓN: estudiar el desarrollo que ha presentado la regulación del servicio público domiciliario de acueducto en Colombia, a partir de la Constitución de 1991.

NOTA: los resultados de la presente entrevista y su respectivo análisis harán parte fundamental de una investigación y tiene un carácter exclusivamente académico.

A continuación, se realizará una serie de interrogantes, ante los cuales se le invita a dar respuesta en la medida de sus convicciones.

*Las preguntas aplicadas al experto referenciado son aquellas cuyo ítem se encuentra sombreado.

Tabla 4. Preguntas Entrevista Dr. Fernando Soto P.

Ítem No.	PREGUNTAS
Categoría 1- Estado Social de Derecho	
1	¿Cuál era el contexto socioeconómico en que se encontraba el país en materia de prestación y cobertura de los servicios públicos domiciliarios, antes de la Constituyente de 1991?
2	¿Cuál cree que fue el mayor logro del Constituyente de 1991 en materia de servicios públicos domiciliarios?
3	¿Cuáles eran las condiciones económicas, políticas y sociales en las que se encontraba el país en 1991, que llevaron a cambiar el modelo de un Estado prestador a un Estado regulador en materia de servicios públicos domiciliarios?
4	Según su experiencia y en el marco colombiano, ¿considera usted que las normas de regulación de servicios públicos domiciliarios contribuyen con el cumplimiento de los fines esenciales del Estado Social de Derecho? ¿Por qué?
5	En materia de servicios públicos domiciliarios, ¿cómo articula correlaciona el "principio de solidaridad" con la prestación, teniendo en cuenta que este principio es un fundamento propio del ordenamiento jurídico colombiano?
6	A partir de la comprensión que usted tiene del modelo de servicios públicos domiciliarios en Colombia (Constitución Política), ¿cuál cree que fue en, su momento, la intención del Constituyente de 1991 frente a los servicios públicos domiciliarios? ¿Dicho propósito se cumplió luego de 25 años de vigencia de la C.P.? ¿Por qué?
Categoría 2- Marco Jurídico de los Servicios Públicos Domiciliarios	
7	Desde el sentido de los derechos que tienen los ciudadanos a unos servicios públicos de calidad, ¿considera que el régimen jurídico aplicable a los actos y hechos de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios en Colombia, garantiza la disponibilidad y continuidad de la prestación de los mismos?
8	En cuanto a la prestación del servicio público domiciliario de acueducto, ¿considera usted que la reglamentación existente (Ley 142 de 1994 y las Resoluciones reglamentarias) son eficaces?
Categoría 3- Teoría de la Regulación del Servicio Público Domiciliario de Acueducto	
9	¿De qué manera el Gobierno Nacional interviene en la estructuración de la metodología tarifaria para el servicio público domiciliario de acueducto?
10	¿Qué opinión le merece el cambio del modelo de Estado prestador a Estado regulador, en materia de servicios públicos, y que ajustes le haría?
Categoría 4- Institución y Estado	
11	Desde su experiencia, ¿considera pertinente el vínculo que tiene la Comisión de Regulación de Agua Potable y Alcantarillado con la Rama Ejecutiva del Poder Público? ¿Considera que podría existir otro tipo de vínculo u otro escenario? ¿Por qué?
12	Atendiendo la manera en que funciona el mecanismo de los subsidios en Colombia en cuanto a la prestación del servicio de agua potable, ¿considera que las Instituciones de inspección, vigilancia y control cuentan con las herramientas para garantizar el derecho de los usuarios al mínimo vital de agua potable y de esta manera contribuir al mejoramiento de la calidad de vida? ¿Por qué?
13	¿Cuáles son los actores del sector, y qué función desempeñan en la vigilancia y control del servicio público domiciliario de acueducto? ¿Podría de alguna manera y en forma muy resumida enunciar cada una de las funciones de vigilancia y control?
14	¿Qué papel juegan, los usuarios, suscriptores o suscriptores potenciales, en el marco del concepto de participación ciudadana y democracia participativa?

Ítem No.	PREGUNTAS
15	¿Considera que hay una descoordinación entre los actores, léase Ministerios, CRA, ¿Superintendencia, alcaldes?
16	Como Superintendente Delegado para el ramo, ¿qué mecanismos de control y vigilancia del servicio público domiciliario de acueducto identifica? Y a su juicio ¿cuál es la importancia de los mismos?
17	En su criterio y de acuerdo con el modelo colombiano, ¿considera que los mecanismos de inspección, vigilancia y control a la prestación del servicio público domiciliario de acueducto, garantizan el derecho que tiene la población a recibir un servicio que le aporte al mejoramiento de su calidad de vida? ¿Por qué?
18	¿Considera usted que el modelo regulatorio actual en Colombia debe ser revaluado o modificado para crear un solo organismo donde se concentran las funciones de control, vigilancia y regulación del servicio público domiciliario de acueducto, teniendo como referencia el modelo británico?
	Categoría 5- Regulación del servicio público domiciliario de acueducto en el contexto global
19	¿Cuál es el sistema regulatorio en general y el marco regulatorio aplicable al servicio público de acueducto en Chile?
20	Teniendo en cuenta que la prestación del servicio de Agua en Chile está a cargo de los particulares bajo la regulación, vigilancia y control del Estado, ¿en qué consiste la regulación que hace el Estado Chileno a la prestación del servicio público de agua a los usuarios? ¿A través de qué entidad (s) u órgano (s) vigila, controla y regula su prestación?

Comedida solicitud de apoyo.

Dasay Alid Medina Caicedo

lun 06/03/2017 4:43 p.m.

Para:fsoto@congreso.cl <fsoto@congreso.cl>;

Hola Fernando, atento saludo. Espero te encuentres muy bien.

Hace algunas semanas te hice una consulta y atendiendo a tu requerimiento, hoy te envío el siguiente correo.

En la actualidad me encuentro desarrollando una investigación como trabajo de grado para optar al título de Magíster en Derecho Administrativo, programa académico de la Universidad del Rosario en la ciudad de Bogotá, D.C. Colombia.

El objetivo general de la investigación es: *"Estudiar el desarrollo que ha presentado la regulación del Servicio Público Domiciliario de Acueducto en Colombia a partir de la Constitución de 1991".*

En éste contexto, la investigación requiere hacer un análisis de Derecho comparado a partir del cual logre identificar las divergencias y convergencias asociadas a la actividad de regulación del servicio público de acueducto en distintos países de Europa y América, en cuyo caso resulta de gran interés conocer de manera detallada el modelo regulatorio Chileno. En este orden, recurro a tu juicio y conocimiento con el ánimo de acceder a dicha información, es decir, el sistema regulatorio en general y el marco regulatorio aplicable al servicio público de acueducto en Chile, o que en lo posible me pongas en contacto con un funcionario de la comisión o agencia de regulación que exista en Chile y que me pueda ayudar.

Finalmente, agradezco tu valiosa colaboración y voluntad para contribuir con este propósito.

Cordialmente.

Dasay Medina y Gersson Castillo

RE: Comedida solicitud de apoyo.

Fernando Rodrigo Soto Pino<fsoto@congreso.cl>

jue 16/03/2017 11:09 a.m.

Para:Dasay Alid Medina Caicedo <dasay.alid@hotmail.com>;

CC:Fernando Rodrigo Soto Pino <fsoto@congreso.cl>;

Estimada Dasay,

Hay dos organismos que podrían servirte. La DGA, Dirección General de Aguas, que tiene que ver con las aguas "libres". O la Superintendencia de Servicios Sanitarios, que regula a las empresas de alcantarillado y esas cosas.

Me están averiguando en la BCN por si hay alguna Minuta ya hecha sobre el tema.

Saludos !!

FERNANDO SOTO P.
ENCARGADO DE AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE
DIRECCIÓN DE ASUNTOS INTERNACIONALES
Cámara de Diputadas de Chile
www.camara.cl
F: (56-32) 250 3324

De: Dasay Alid Medina Caicedo [mailto:dasay.alid@hotmail.com]
Enviado el: lunes, 6 de marzo de 2017 18:44
Para: Fernando Rodrigo Soto Pino
Asunto: Comedida solicitud de apoyo.

Hola Fernando, atento saludo. Espero te encuentres muy bien.

Hace algunas semanas te hice una consulta y atendiendo a tu requerimiento, hoy te envío el siguiente correo.

En la actualidad me encuentro desarrollando una investigación como trabajo de grado para optar al título de Magíster en Derecho Administrativo, programa académico de la Universidad del Rosario en la ciudad de Bogotá, D.C. Colombia.

El objetivo general de la investigación es: *"Estudiar el desarrollo que ha presentado la regulación del Servicio Público Domiciliario de Acueducto en Colombia a partir de la Constitución de 1991".*

En éste contexto, la investigación requiere hacer un análisis de Derecho comparado a partir del cual logre identificar las divergencias y convergencias asociadas a la actividad de regulación del servicio público de acueducto en distintos países de Europa y América, en cuyo caso resulta de gran interés

conocer de manera detallada el modelo regulatorio Chileno. En este orden, recurro a tu juicio y conocimiento con el ánimo de acceder a dicha información, es decir, el sistema regulatorio en general y el marco regulatorio aplicable al servicio público de acueducto en Chile, o que en lo posible me pongas en contacto con un funcionario de la comisión o agencia de regulación que exista en Chile y que me pueda ayudar.

Finalmente, agradezco tu valiosa colaboración y voluntad para contribuir con este propósito.

Cordialmente.

Dasay Medina y Gersson Castillo

RV: Comedida solicitud de apoyo.

Dasay Alid Medina Caicedo

Jue 16/03/2017 11:23 a.m.

Elementos enviados

Para:Gerson Castillo <gcastillodaza@yahoo.es>;

De: Fernando Rodrigo Soto Pino <fsoto@congreso.cl>
Enviado: jueves, 16 de marzo de 2017 11:09 a. m.
Para: Dasay Alid Medina Caicedo
Cc: Fernando Rodrigo Soto Pino
Asunto: RE: Comedida solicitud de apoyo.

Estimada Dasay,

Hay dos organismos que podrían servirte. La DGA, Dirección General de Aguas, que tiene que ver con las aguas "libres". O la Superintendencia de Servicios Sanitarios, que regula a las empresas de alcantarillado y esas cosas.

Me están averiguando en la BCN por si hay alguna Minuta ya hecha sobre el tema.

Saludos !!

FERNANDO SOTO P.
ENCARGADO DE AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE
DIRECCIÓN DE ASUNTOS INTERNACIONALES
Cámara de Diputados de Chile
www.camara.cl
F: (56-32) 250 5324

De: Dasay Alid Medina Caicedo [mailto:dasay.alid@hotmail.com]
Enviado el: lunes, 6 de marzo de 2017 18:44
Para: Fernando Rodrigo Soto Pino
Asunto: Comedida solicitud de apoyo.

Hola Fernando, atento saludo. Espero te encuentres muy bien.

Hace algunas semanas te hice una consulta y atendiendo a tu requerimiento, hoy te envío el siguiente correo.

En la actualidad me encuentro desarrollando una investigación como trabajo de grado para optar al título de Magíster en Derecho Administrativo, programa académico de la Universidad del Rosario en la ciudad de Bogotá, D.C. Colombia.

En la actualidad me encuentro desarrollando una investigación como trabajo de grado para optar al título de Magíster en Derecho Administrativo, programa académico de la Universidad del Rosario en la ciudad de Bogotá, D.C. Colombia.

El objetivo general de la investigación es: *"Estudiar el desarrollo que ha presentado la regulación del Servicio Público Domiciliario de Acueducto en Colombia a partir de la Constitución de 1991".*

En éste contexto, la investigación requiere hacer un análisis de Derecho comparado a partir del cual logre identificar las divergencias y convergencias asociadas a la actividad de regulación del servicio público de acueducto en distintos países de Europa y América, en cuyo caso resulta de gran interés conocer de manera detallada el modelo regulatorio Chileno. En este orden, recurro a tu juicio y conocimiento con el ánimo de acceder a dicha información, es decir, el sistema regulatorio en general y el marco regulatorio aplicable al servicio público de acueducto en Chile, o que en lo posible me pongas en contacto con un funcionario de la comisión o agencia de regulación que exista en Chile y que me pueda ayudar.

Finalmente, agradezco tu valiosa colaboración y voluntad para contribuir con este propósito.

Cordialmente.

Dasay Medina y Gersson Castillo

RV: BCN_acueductos.docx

Fernando Rodrigo Soto Pino<fsoto@congreso.cl>

mié 22/03/2017 9:34 p.m.

Para:Dasay Alid Medina Caicedo <dasay.alid@hotmail.com>;

Cc:Fernando Rodrigo Soto Pino <fsoto@congreso.cl>;

1 archivos adjuntos (104 KB)

BCN_acueductos.docx;

Estimado Sr. Soto
En relación a su solicitud sobre acueductos y su regulación en Chile y considerando que no he podido contactarlo para precisar el contenido de lo solicitado, me permito remitir trabajo que hemos elaborado, entre el día lunes y hoy, sobre régimen jurídico de acueductos y servidumbre de acueducto.
Si necesita otra información, agradeceré me informe.
Saludos cordiales

Guido A. Williams Obreque
BCN, Biblioteca del Congreso Nacional
Departamento de Estudios, Extensión y Publicaciones
Asesoría Técnica Parlamentaria (ATP)
Área Análisis Legal
Coordinador
Fonos (56) 2 - 2701700; (56) 32 - 2263180
www.bcn.cl

RV: BCN_acueductos.docx PRIMERA INFORMACIÓN DE CHILE

Dasay Alid Medina Caicedo

jue 23/03/2017 11:47 a.m.

Elementos enviados

Para:Gerson Castillo <gcastillodaza@yahoo.es>; Gersson Jair Castillo Daza <gcastillo@mintic.gov.co>;

1 archivos adjuntos (104 KB)

BCN_acueductos.docx;

De: Fernando Rodrigo Soto Pino <fsoto@congreso.cl>
Enviado: miércoles, 22 de marzo de 2017 9:33 p. m.
Para: Dasay Alid Medina Caicedo
Cc: Fernando Rodrigo Soto Pino
Asunto: RV: BCN_acueductos.docx

Estimado Sr. Soto
En relación a su solicitud sobre acueductos y su regulación en Chile y considerando que no he podido contactarlo para precisar el contenido de lo solicitado, me permito remitir trabajo que hemos elaborado, entre el día lunes y hoy, sobre régimen jurídico de acueductos y servidumbre de acueducto.
Si necesita otra información, agradeceré me informe.
Saludos cordiales

Guido A. Williams Obreque
BCN, Biblioteca del Congreso Nacional
Departamento de Estudios, Extensión y Publicaciones
Asesoría Técnica Parlamentaria (ATP)
Área Análisis Legal
Coordinador
Fonos (56) 2 - 2701700; (56) 32 - 2263180
www.bcn.cl

Re: BCN_acueductos.docx

Dasay Alid Medina Caicedo

jue 23/03/2017 12:07 p.m.

Elementos enviados

Para: Fernando Rodrigo Soto Pino <fsoto@congreso.cl>;

Hola, apreciado Fernando, muchísimas gracias por esta información.

Sin embargo, te cuento que la información que necesito va vas ligada a la Regulación que hace el Estado chileno a la prestación del servicio público de acueducto a los usuarios.
Teniendo en cuenta que la prestación la hacen los particulares pero bajo la regulación, vigilancia y control del Estado.
De tal suerte que me tomo el atrevimiento de pedirte ayuda una vez más, acerca de las normas (o cualquier otras manera) en que el estado ejerce esa regulación y a través de qué entidad u órgano la hace.
Acá en Colombia el estado la ejerce por medio de la Comisión de Regulación de Agua Potable, entidad que por medio de resoluciones, establece los reglamentos técnicos a los que deben sujetarse las empresas prestadoras e incluso las sanciona por indebida prestación, esto a manera de ejemplo.

De verdad que te quedo inmensamente agradecida en lo que me puedas seguir colaborando.

Quedo atenta.

De: Fernando Rodrigo Soto Pino <fsoto@congreso.cl>
Enviado: miércoles, 22 de marzo de 2017 9:33 p. m.
Para: Dasay Alid Medina Caicedo
Cc: Fernando Rodrigo Soto Pino
Asunto: RV: BCN_acueductos.docx

Estimado Sr. Soto
En relación a su solicitud sobre acueductos y su regulación en Chile y considerando que no he podido contactarlo para precisar el contenido de lo solicitado, me permito remitir trabajo que hemos elaborado, entre el día lunes y hoy, sobre régimen jurídico de acueductos y servidumbre de acueducto.
Si necesita otra información, agradeceré me informe.
Saludos cordiales

Guido A. Williams Obreque
BCN, Biblioteca del Congreso Nacional
Departamento de Estudios, Extensión y Publicaciones
Asesoría Técnica Parlamentaria (ATP)
Área Análisis Legal
Coordinador
Fonos (56) 2 - 2701700; (56) 32 - 2263160
www.bcn.cl

RV: BCN_acueductos.docx

Fernando Rodrigo Soto Pino<fsoto@congreso.cl>

mar 28/03/2017 7:44 a.m.

Para:Dasay Alid Medina Calcedo <dasay.alid@hotmail.com>;

Cc:Fernando Rodrigo Soto Pino <fsoto@congreso.cl>; Direccion de Asuntos Internacionales <asuntosinternacionales@congreso.cl>;

4 archivos adjuntos (859 KB)

Informe_Acceso a alcantarillado y agua potable en zonas extremas.pdf; Informe regulacions aguas rurales.pdf; Informe Resumen_servicios sanitarios.pdf; Informe Cobro de agua potable y alcantarillado_Edicion_final_v3.pdf;

Estimada Dasay,

Lo que pudimos conseguir.

Saludos cordiales,

Fernando.

-----Mensaje original-----
De: Williams, Guido [mailto:gwilliams@bcn.cl]
Enviado el: martes, 28 de marzo de 2017 9:34
Para: Fernando Rodrigo Soto Pino
Asunto: RE: BCN_acueductos.docx

Estimado Fernando

Gracias por la respuesta, me queda más claro lo requerido.
Te mando cuatro trabajos de BCN relacionados a agua potable urbana y rural, tarifas y servicios sanitarios que creo pueden servir al usuario final.
Para fines estadísticos nuestros, agradeceré me informes quién es el usuario de los análisis.
Saludos

Guido A. Williams Obreque
BCN, Biblioteca del Congreso Nacional
Departamento de Estudios, Extensión y Publicaciones Asesoría Técnica Parlamentaria (ATP) Área Análisis Legal Coordinador
Fonos (56) 2 - 2701700; (56) 32 - 2263180 www.bcn.cl

-----Mensaje original-----
De: Fernando Rodrigo Soto Pino [mailto:fsoto@congreso.cl] Enviado el: lunes, 27 de marzo de 2017 18:18
Para: Williams, Guido
CC: Fernando Rodrigo Soto Pino
Asunto: RE: BCN_acueductos.docx

Estimado Guido,

Agradeciendo enormemente la minuta enviada y habiendo tomado contacto con Colombia, te quería precisar que el

requerimiento va más ligado a la Regulación que hace el Estado chileno a la prestación del servicio público de agua a los usuarios. Público o privado quizás en este caso.

Teniendo en cuenta que la prestación la hacen los particulares pero bajo la regulación, vigilancia y control del Estado. Por lo que te pedimos ayuda una vez más, acerca de las normas (o cualquier otras manera) en que el Estado ejerce esa regulación y a través de qué entidad u órgano la hace.

En Colombia el Estado la ejerce por medio de la Comisión de Regulación de Agua Potable, entidad que por medio de resoluciones, establece los reglamentos técnicos a los que deben sujetarse las empresas prestadoras e incluso las sanciona por indebida prestación, esto a manera de ejemplo.

Gracias de antemano,

Fernando.

-----Mensaje original-----
De: Williams, Guido [mailto:gwilliams@bcn.cl] Enviado el: miércoles, 22 de marzo de 2017 15:50
Para: Fernando Rodrigo Soto Pino
CC: Arancibia, Leonardo
Asunto: BCN_acueductos.docx

Estimado Sr. Soto
En relación a su solicitud sobre acueductos y su regulación en Chile y considerando que no he podido contactarlo para precisar el contenido de lo solicitado, me permito remitir trabajo que hemos elaborado, entre el día lunes y hoy, sobre régimen jurídico de acueductos y servidumbre de acueducto.
Si necesita otra información, agradeceré me informe.
Saludos cordiales

Guido A. Williams Obreque
BCN, Biblioteca del Congreso Nacional
Departamento de Estudios, Extensión y Publicaciones Asesoría Técnica Parlamentaria (ATP) Área Análisis Legal Coordinador
Fonos (56) 2 - 2701700; (56) 32 - 2263180 www.bcn.cl <blocked::blocked::http://www.bcn.cl/>

ENTREVISTA #2

EXPERTO: Dr. Luis Ignacio Betancur, abogado, docente Investigador y experto en servicios públicos.

Bogotá, D.C., 06 - Marzo - 2017.

AUTORIZACIÓN PARA EL USO DE INFORMACIÓN CON FINES EXCLUSIVAMENTE ACADÉMICOS PARA UN TRABAJO DE INVESTIGACIÓN DE MAESTRÍA

Señor
GERSON JAIR CASTILLO DAZA
Maestrante en Derecho Administrativo
Universidad Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario
Bogotá, D.C.

Respetado señor Castillo Daza:

Por medio del presente le doy mi autorización expresa para que los resultados de mi participación en la aplicación del Instrumento 1 "Entrevista en profundidad a expertos en materia de servicios públicos de acueducto", sean utilizados con fines exclusivamente académicos para alcanzar el objetivo general trazado en el trabajo de investigación denominado "*REGULACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE ACUEDUCTO EN COLOMBIA: UNA MIRADA REFLEXIVA DESDE EL PUNTO DE VISTA INSTITUCIONAL*" bajo la dirección del Dr. HUGO ALEJANDRO SÁNCHEZ, profesor de la Universidad Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario, siempre y cuando la finalidad de esta investigación sea la de servir como requisito para optar al título de Magíster en Derecho Administrativo, programa académico de la Institución antes citada.

Igualmente lo autorizo para que en la investigación se mencione el nombre de la empresa e información general sobre la misma, consistente en: _____

Cordialmente,

Email institucional:

FECHA DE LA ENTREVISTA: 6 de marzo de 2.017

OBJETIVO DE LA ENTREVISTA: servir como instrumento para la identificación de concepciones y perspectivas acerca del servicio público de acueducto, en su relación con el Estado Social de Derecho, el marco jurídico aplicable, la teoría de regulación de los servicios públicos domiciliarios y la Institución y Estado.

OBJETIVO GENERAL DE LA INVESTIGACIÓN: estudiar el desarrollo que ha presentado la regulación del servicio público domiciliario de acueducto en Colombia, a partir de la Constitución de 1991.

NOTA: los resultados de la presente entrevista y su respectivo análisis harán parte fundamental de una investigación y tiene un carácter exclusivamente académico.

A continuación, se realizará una serie de interrogantes, ante los cuales se le invita a dar respuesta en la medida de sus convicciones.

*Las preguntas aplicadas al experto referenciado son aquellas cuyo ítem se encuentra sombreado.

Tabla 5. Preguntas Entrevista Dr. Luis Ignacio Betancur

Ítem No.	PREGUNTAS
	Categoría 1- Estado Social de Derecho
1	¿Cuál era el contexto socioeconómico en que se encontraba el país en materia de prestación y cobertura de los servicios públicos domiciliarios, antes de la Constituyente de 1991?
2	¿Cuál cree que fue el mayor logro del Constituyente de 1991 en materia de servicios públicos domiciliarios?
3	¿Cuáles eran las condiciones económicas, políticas y sociales en las que se encontraba el país en 1991, que llevaron a cambiar el modelo de un Estado prestador a un Estado regulador en materia de servicios públicos domiciliarios?
4	Según su experiencia y en el marco colombiano, ¿considera usted que las normas de regulación de servicios públicos domiciliarios contribuyen con el cumplimiento de los fines esenciales del Estado Social de Derecho? ¿Por qué?
5	En materia de servicios públicos domiciliarios, ¿cómo articula correlaciona el "principio de solidaridad" con la prestación, teniendo en cuenta que este principio es un fundamento propio del ordenamiento jurídico colombiano?
6	A partir de la comprensión que usted tiene del modelo de servicios públicos domiciliarios en Colombia (Constitución Política), ¿cuál cree que fue en, su momento, la intención del

Ítem No.	PREGUNTAS
	Constituyente de 1991 frente a los servicios públicos domiciliarios? ¿Dicho propósito se cumplió luego de 25 años de vigencia de la C.P.? ¿Por qué?
	Categoría 2- Marco Jurídico de los Servicios Públicos Domiciliarios
7	Desde el sentido de los derechos que tienen los ciudadanos a unos servicios públicos de calidad, ¿considera que el régimen jurídico aplicable a los actos y hechos de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios en Colombia, garantiza la disponibilidad y continuidad de la prestación de los mismos?
8	En cuanto a la prestación del servicio público domiciliario de acueducto, ¿considera usted que la reglamentación existente (Ley 142 de 1994 y las Resoluciones reglamentarias) son eficaces?
	Categoría 3- Teoría de la Regulación del Servicio Público Domiciliario de Acueducto
9	¿De qué manera el Gobierno Nacional interviene en la estructuración de la metodología tarifaria para el servicio público domiciliario de acueducto?
10	¿Qué opinión le merece el cambio del modelo de Estado prestador a Estado regulador, en materia de servicios públicos, y que ajustes le haría?
	Categoría 4- Institución y Estado
11	Desde su experiencia, ¿considera pertinente el vínculo que tiene la Comisión de Regulación de Agua Potable y Alcantarillado con la Rama Ejecutiva del Poder Público? ¿Considera que podría existir otro tipo de vínculo u otro escenario? ¿Por qué?
12	Atendiendo la manera en que funciona el mecanismo de los subsidios en Colombia en cuanto a la prestación del servicio de agua potable, ¿considera que las Instituciones de inspección, vigilancia y control cuentan con las herramientas para garantizar el derecho de los usuarios al mínimo vital de agua potable y de esta manera contribuir al mejoramiento de la calidad de vida? ¿Por qué?
13	¿Cuáles son los actores del sector, y qué función desempeñan en la vigilancia y control del servicio público domiciliario de acueducto? ¿Podría de alguna manera y en forma muy resumida enunciar cada una de las funciones de vigilancia y control?
14	¿Qué papel juegan, los usuarios, suscriptores o suscriptores potenciales, en el marco del concepto de participación ciudadana y democracia participativa?
15	¿Considera que hay una descoordinación entre los actores, léase Ministerios, CRA, ¿Superintendencia, alcaldes?
16	Como Superintendente Delegado para el ramo, ¿qué mecanismos de control y vigilancia del servicio público domiciliario de acueducto identifica? Y a su juicio ¿cuál es la importancia de los mismos?
17	En su criterio y de acuerdo con el modelo colombiano, ¿considera que los mecanismos de inspección, vigilancia y control a la prestación del servicio público domiciliario de acueducto, garantizan el derecho que tiene la población a recibir un servicio que le aporte al mejoramiento de su calidad de vida? ¿Por qué?
18	¿Considera usted que el modelo regulatorio actual en Colombia debe ser revaluado o modificado para crear un solo organismo donde se concentran las funciones de control, vigilancia y regulación del servicio público domiciliario de acueducto, teniendo como referencia el modelo británico?
	Categoría 5- Regulación del servicio público domiciliario de acueducto en el contexto global
19	¿Cuál es el sistema regulatorio en general y el marco regulatorio aplicable al servicio público de acueducto en Chile?
20	Teniendo en cuenta que la prestación del servicio de Agua en Chile está a cargo de los

Ítem No.	PREGUNTAS
	particulares bajo la regulación, vigilancia y control del Estado, ¿en qué consiste la regulación que hace el Estado Chileno a la prestación del servicio público de agua a los usuarios? ¿A través de qué entidad (s) u órgano (s) vigila, controla y regula su prestación?

Transcripción de la entrevista.

GCD: Categoría 1, estado social de derecho. Dr. Betancourt, según su experiencia y en el marco colombiano, ¿considera usted, que las normas de regulación de servicios públicos domiciliarios contribuyen en el cumplimiento de los fines esenciales del estado social de derecho? ¿Por qué?

> R/ Si cumplen, siendo severamente escéptico sobre lo que quiere decir social, creo que sobra, pero, ese no es el punto. Cumple y ha cumplido con aumentar la cobertura y la calidad de los servicios públicos domiciliarios en general de una manera, absolutamente incomparable con lo que ocurría antes del 91. Por eso, creo que la respuesta es claramente afirmativa. ¿Por qué? Esencialmente, porque se introdujo un modelo de mercado y se pulverizó la tradición francesa de la escuela de servicio público. Esta, no es una función del estado sino es una prestación que puede hacerla el estado, lo pueden hacer los particulares, en el caso de acueducto y alcantarillado las comunidades organizadas y repito el balance veintipico de años después, es ampliamente favorable.

GCD: Muchas gracias

.

GCD: Pregunta 2: en materia de servicio público domiciliario, ¿cómo articula o relaciona el principio de solidaridad con la prestación, teniendo en cuenta que este principio es un fundamento propio del ordenamiento jurídico colombiano?

R/ Soy claro, con lo que la ley 142 y la 632 y otras habían determinado era suficiente. La intromisión con respeto lo digo de la corte constitucional, yendo más allá de la propia constitución eso se ha distorsionado y poniendo en peligro la sostenibilidad que afectara los usuarios. Crear una parte gratuita del servicio es inconstitucional, pero, del resto como el sistema de subsidios o la demanda complementados con amplísimos recursos de

subsidios o la oferta el problema ha estado en la incompetencia de las autoridades locales principalmente departamentales y municipales que han despilfarrado billones de pesos que la nación ha otorgado desde el 96 para construir acueductos en particular en zonas muy vulnerables.

GCD: tercera pregunta: a partir de la compresión que usted tiene del modelo de servicio público domiciliario en Colombia, léase constitución política, ¿Cuál cree usted que fue en su momento, la intención del constituyente de 1991 frente a los servicios públicos domiciliarios? ¿Dicho propósito se cumplió luego de 25 años de vigencia de la constitución política? ¿Por qué?

R/ El propósito era nada menos que aumentar la cobertura y elevar el nivel de calidad haciendo eso si claridad, en que nada hay gratis, todo cuesta y la constitución sin la intromisión de la corte ya habría el camino que las leyes cumplieron de otorgar subsidios solo a los usuarios pobres para como dice la constitución ayudar a pagar la tarifa; la tarifa todo el mundo la debe pagar, no hay servicio gratuito porque la constitución lo dispuso porque eso lleva a despilfarro, pero, se ha cumplido. Mal que bien, el sistema de subsidios o la demanda con todos los problemas que tiene la estratificación, mal que bien en algunos casos los dineros nacionales extras, adicionales, voluntarios que ha puesto el gobierno nacional más allá del sistema general de participaciones, en algunos sitios se han usado bien. Desafortunadamente, la capacidad institucional de las gobernaciones y alcaldías es muy baja y agrego, en la medida en que las empresas en las 30 o 40 ciudades de más habitantes, se han venido organizando incluso, siendo todavía municipales con o su participación privada la cobertura y la calidad han mejorado.

GCD: categoría 2: Marco jurídico de los servicios públicos domiciliarios. Pregunta 4: ¿desde el sentido de los derechos que tienen los ciudadanos, de unos servicios públicos de calidad considera, que el régimen jurídico aplicable a los actos y hechos de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios en Colombia, garantiza la disponibilidad y continuidad de la prestación de los servicios?

R/ El marco normativo, sí. Es decir, la ley o las leyes y las resoluciones de la CRA, sí. No siempre se han cumplido y la CRA tuvo un periodo bastante caótico durante de la

transición en que por ejemplo ojalá no pase, tolero que plata que era para reposición de los activos vale decir, en algún momento los tuvo se van acabar. La CRA fue muy responsable en aquellos años y permitió otorgar subsidios con esa plata. De manera que, de pronto esas empresas cuando los tubos cumplan su vida útil y en eso no estoy informado sino de algunos casos de ciudades, pues esa plata ya se la gastaron en subsidios lo cual, fue un error. Pero, después la CRA ha mejorado mucho.

GCD: categoría 3: teoría de la regulación de los servicios públicos domiciliario. Pregunta 5: ¿de qué manera el gobierno nacional interviene en la estructuración de la metodología tarifaria para el servicio público domiciliario de acueducto?

R/ a ver, comienzo por decir algo que no es la sabiduría convencional, las comisiones de regulación desde luego la CRA o la CRE, no ejercen sus funciones solo por delegación presidencial, ese es un mito y todo el mundo siempre se lo ha creído y por eso, las comisiones con razón encabezan todas sus resoluciones en eso para no alborotar a los magistrados eso no es así, la propia corte ha dicho que hay funciones directamente asignadas por el legislador, yo le diría casi todas las de regulaciones. Dicho eso, yo diría esto: más o menos el gobierno interviene bastante desde luego hasta donde yo sé pero, creo que la regulación a partir por decir algo del 2000 – 2002 es bastante adecuada seguramente ha habido interferencias del gobierno en la CRA, en eso hay digamos seguramente ha habido dificultades y en algunos casos uno nota interferencias indebidas pero, en general la CRA por lo menos, en estos últimos quince años que es bastante, ha actuado bien y las reglas que ha puesto son suficientes para garantizar ante todo la cobertura y calidad de los servicios a todos los usuarios es decir, incluyendo los pobres. Segundo, ha garantizado en general la suficiencia financiera de los prestadores que es la gran diferencia con la escuela francesa que ya ni allá creen en ella y tercero, en términos generales las empresas se han mantenido bastante inmunes, yo no sé si a la politiquería en los nombramientos, pero, al menos en moderar la remuneración de los trabajadores que era un exceso, había remuneración que iba incluyendo, por ejemplo, agua gratis.

GCD: pregunta 6: ¿en cuanto a la prestación del servicio público domiciliario de acueducto, considera usted que la reglamentación existente ley 142 de 1994 y las resoluciones reglamentarias son eficaces?

R/ sí. Hay que, claro sin enumerar todas las leyes una ley muy importante que modifico la 142 y por eso la menciono que es la 632 de 2000 porque reconoció un error de la ley 142 en materia de financiación de los subsidios para los pobres fue un error sin duda en el sentido de que, se puso un tope del 20% como contribución solidaria para los estratos 5 y 6 residenciales y para industriales y comerciales. La ley 632 con buen criterio reconoció que eso era imposible así de financiar los subsidios a la demanda, y dejo en manos de los consejo distritales y municipales y de los alcaldes fijar esa sobre tasa y por eso las normas con ese complemento importante, han permitido mejorar lo que he dicho.

GDC: pregunta 7: doctor, ¿Qué opinión le merece el cambio de modelo de estado de prestador regulador en materia de servicios públicos y que ajustes le haría?

R/ primero no le haría ningún ajuste, ya dimos esa llamémosla batalla por pulverizar la noción francesa y pasarnos a un esquema de mercado que es lo que de verdad beneficia a la gente.

GDC: categoría 4, institución y estado. Pregunta 8 ¿desde su experiencia considera pertinente el vínculo que tiene la comisión reguladora de agua con la rama ejecutiva del poder público?, ¿considera que podría existir otro tipo de vínculo u otro escenario? ¿Por qué?

R/ No hay esquemas como no hay verdades absolutas. En la forma de ser de los colombianos y en general en el trópico, no es posible diseñar esquemas en donde haya una independencia absoluta en materias tan sensibles, ha sido un éxito, más que cualquier otro, la junta del banco de la república, pero, es porque el país tiene a mi juicio un especie de convicción de que eso no lo entiende nadie pero, en materia de servicios sobre todo acueducto y alcantarillado yo no daría una batalla por una independencia total a la manera de Inglaterra y gales por ejemplo.

GCD: pregunta 9 y ultima: ¿atendiendo la manera en que funcionan el mecanismo de los subsidios en Colombia en cuanto a la prestación del servicio de agua potable considera que las instituciones de inspección, vigilancia y control cuentan con las herramientas para garantizar el derecho de los usuarios al mínimo vital de agua potable y de esta manera contribuir al mejoramiento de su calidad de vida? ¿Por qué?

R/ bueno es que yo estoy totalmente en contra del tal mínimo vital que se inventó la corte de un tratado que no dice eso que es el tratado, ese de nombre pomposo pisdec, hay no está en el tratado lo que la Corte dice. Entonces, no me preocupa si la súperservicios controla eso yo le diría mejor que no controle, mientras menos gratuita sea el agua, mejor.

GCD: Es decir, que ¿usted está de acuerdo con el modelo neoliberal absolutamente, en donde quien tiene y disfruta del servicio debe pagarlo?

R/ y hay subsidios del estado, que fueron los de la ley, pero, una parte inclusive si me dicen usted cambiaría el 70% máximo de subsidio para los de estrato uno yo digo, bueno está bien cambiémoslo al 90 pero, deben pagar algo.

GCD: esto, en virtud de evitar el despilfarro y de valorar, sobre todo.

LIB: Valorar, que con lo que la gente cree primero el agua misma no es gratis, nada es gratis, segundo, es que el asunto no es el agua que dice la gente no es que eso de la nación y está ahí bueno, es escasa en primer lugar pero además, para que la llave abra alguien tiene que construir una planta de tratamiento, una tubería, etc. etc. etc. entonces, esos costos así el estado subsidie como le digo si me preguntan vamos a subir permanentemente el subsidio a estrato uno al 90, o cambiemos la estratificación como se ha pensado aquí en el rosario justamente por otro sistema que consulte la capacidad de pago, de acuerdo pero, algo se pague.

GCD: Dr. Luis Ignacio Betancourt muchísimas gracias por concederme, este espacio será de gran valor el conocimiento que usted ha compartido conmigo hoy indiscutiblemente nutrirá el documento de tesis y lo espero el día de mi defensa como jurado, para mí sería un honor.

LIB: con mucho gusto Gerson, le deseo muchos éxitos, si me nombren jurado con mucho gusto lo hare y en todo caso me interesara leer su tesis cuando esté terminada.

ENTREVISTA #3

EXPERTO: Dr. Jaime Humberto Mesa Buitrago, experto Comisionado de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico- CRA

Bogotá, D.C., 09 - Marzo - 2017

AUTORIZACIÓN PARA EL USO DE INFORMACIÓN CON FINES EXCLUSIVAMENTE ACADÉMICOS PARA UN TRABAJO DE INVESTIGACIÓN DE MAESTRÍA

Señor
GERSON JAIR CASTILLO DAZA
Maestrante en Derecho Administrativo
Universidad Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario
Bogotá, D.C.

Respetado señor Castillo Daza:

Por medio del presente le doy mi autorización expresa para que los resultados de mi participación en la aplicación del Instrumento 1 "Entrevista en profundidad a expertos en materia de servicios públicos de acueducto", sean utilizados con fines exclusivamente académicos para alcanzar el objetivo general trazado en el trabajo de investigación denominado "*REGULACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE ACUEDUCTO EN COLOMBIA: UNA MIRADA REFLEXIVA DESDE EL PUNTO DE VISTA NORMATIVO E INSTITUCIONAL*" bajo la dirección del Dr. HUGO ALEJANDRO SÁNCHEZ, profesor de la Universidad Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario, siempre y cuando la finalidad de esta investigación sea la de servir como requisito para optar al título de Magíster en Derecho Administrativo, programa académico de la Institución antes citada.

Igualmente lo autorizo para que en la investigación se mencione el nombre de la empresa e información general sobre la misma, consistente en: _____

Cordialmente,

JAIME HUMBERTO MESA BUITRAGO
EXPERTO COMISIONADO CRA
Email institucional: jmesa@cra.gov.co

FECHA DE LA ENTREVISTA: 09 de marzo de 2017

OBJETIVO DE LA ENTREVISTA: servir como instrumento para la identificación de concepciones y perspectivas acerca del servicio público de acueducto, en su relación con el Estado Social de Derecho, el marco jurídico aplicable, la teoría de regulación de los servicios públicos domiciliarios y la Institución y Estado.

OBJETIVO GENERAL DE LA INVESTIGACIÓN: estudiar el desarrollo que ha presentado la regulación del servicio público domiciliario de acueducto en Colombia, a partir de la Constitución de 1991.

NOTA: los resultados de la presente entrevista y su respectivo análisis harán parte fundamental de una investigación y tiene un carácter exclusivamente académico.

A continuación, se realizará una serie de interrogantes, ante los cuales se le invita a dar respuesta en la medida de sus convicciones.

*Las preguntas aplicadas al experto referenciado son aquellas cuyo ítem se encuentra sombreado.

Tabla 6. Preguntas Entrevista Dr. Jaime Humberto Mesa Buitrago

Ítem No.	PREGUNTAS
	Categoría 1- Estado Social de Derecho
1	¿Cuál era el contexto socioeconómico en que se encontraba el país en materia de prestación y cobertura de los servicios públicos domiciliarios, antes de la Constituyente de 1991?
2	¿Cuál cree que fue el mayor logro del Constituyente de 1991 en materia de servicios públicos domiciliarios?
3	¿Cuáles eran las condiciones económicas, políticas y sociales en las que se encontraba el país en 1991, que llevaron a cambiar el modelo de un Estado prestador a un Estado regulador en materia de servicios públicos domiciliarios?
4	Según su experiencia y en el marco colombiano, ¿considera usted que las normas de regulación de servicios públicos domiciliarios contribuyen con el cumplimiento de los fines esenciales del Estado Social de Derecho? ¿Por qué?
5	En materia de servicios públicos domiciliarios, ¿cómo articula correlaciona el "principio de solidaridad" con la prestación, teniendo en cuenta que este principio es un fundamento propio del ordenamiento jurídico colombiano?
6	A partir de la comprensión que usted tiene del modelo de servicios públicos domiciliarios en Colombia (Constitución Política), ¿cuál cree que fue en, su momento, la intención del

Ítem No.	PREGUNTAS
	Constituyente de 1991 frente a los servicios públicos domiciliarios? ¿Dicho propósito se cumplió luego de 25 años de vigencia de la C.P.? ¿Por qué?
	Categoría 2- Marco Jurídico de los Servicios Públicos Domiciliarios
7	Desde el sentido de los derechos que tienen los ciudadanos a unos servicios públicos de calidad, ¿considera que el régimen jurídico aplicable a los actos y hechos de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios en Colombia, garantiza la disponibilidad y continuidad de la prestación de los mismos?
8	En cuanto a la prestación del servicio público domiciliario de acueducto, ¿considera usted que la reglamentación existente (Ley 142 de 1994 y las Resoluciones reglamentarias) son eficaces?
	Categoría 3- Teoría de la Regulación del Servicio Público Domiciliario de Acueducto
9	¿De qué manera el Gobierno Nacional interviene en la estructuración de la metodología tarifaria para el servicio público domiciliario de acueducto?
10	¿Qué opinión le merece el cambio del modelo de Estado prestador a Estado regulador, en materia de servicios públicos, y que ajustes le haría?
	Categoría 4- Institución y Estado
11	Desde su experiencia, ¿considera pertinente el vínculo que tiene la Comisión de Regulación de Agua Potable y Alcantarillado con la Rama Ejecutiva del Poder Público? ¿Considera que podría existir otro tipo de vínculo u otro escenario? ¿Por qué?
12	Atendiendo la manera en que funciona el mecanismo de los subsidios en Colombia en cuanto a la prestación del servicio de agua potable, ¿considera que las Instituciones de inspección, vigilancia y control cuentan con las herramientas para garantizar el derecho de los usuarios al mínimo vital de agua potable y de esta manera contribuir al mejoramiento de la calidad de vida? ¿Por qué?
13	¿Cuáles son los actores del sector, y qué función desempeñan en la vigilancia y control del servicio público domiciliario de acueducto? ¿Podría de alguna manera y en forma muy resumida enunciar cada una de las funciones de vigilancia y control?
14	¿Qué papel juegan, los usuarios, suscriptores o suscriptores potenciales, en el marco del concepto de participación ciudadana y democracia participativa?
15	¿Considera que hay una descoordinación entre los actores, léase Ministerios, CRA, ¿Superintendencia, alcaldes?
16	Como Superintendente Delegado para el ramo, ¿qué mecanismos de control y vigilancia del servicio público domiciliario de acueducto identifica? Y a su juicio ¿cuál es la importancia de los mismos?
17	En su criterio y de acuerdo con el modelo colombiano, ¿considera que los mecanismos de inspección, vigilancia y control a la prestación del servicio público domiciliario de acueducto, garantizan el derecho que tiene la población a recibir un servicio que le aporte al mejoramiento de su calidad de vida? ¿Por qué?
18	¿Considera usted que el modelo regulatorio actual en Colombia debe ser revaluado o modificado para crear un solo organismo donde se concentran las funciones de control, vigilancia y regulación del servicio público domiciliario de acueducto, teniendo como referencia el modelo británico?
	Categoría 5- Regulación del servicio público domiciliario de acueducto en el contexto global
19	¿Cuál es el sistema regulatorio en general y el marco regulatorio aplicable al servicio público de acueducto en Chile?
20	Teniendo en cuenta que la prestación del servicio de Agua en Chile está a cargo de los

Ítem No.	PREGUNTAS
	particulares bajo la regulación, vigilancia y control del Estado, ¿en qué consiste la regulación que hace el Estado Chileno a la prestación del servicio público de agua a los usuarios? ¿A través de qué entidad (s) u órgano (s) vigila, controla y regula su prestación?

Transcripción de la entrevista.

GCD: Categoría 1, Estado Social de Derecho. Dr. Jaime Humberto, según su experiencia y en el marco colombiano, ¿considera usted, que las normas de regulación de servicios públicos domiciliarios contribuyen en el cumplimiento de los fines esenciales del estado social de derecho? ¿Por qué?

R/ Bien. Yo creo, que si hay un correlación muy clara entre la regulación de los servicios públicos o la normatividad general de los servicios públicos y los fines esenciales del estado porque digamos parte de los fines esenciales del estado están asociados a la dignidad humana cierto, a la vida digna y a la vivienda digna y definitivamente el servicio de acueducto o el agua potable es una condición de vida tal vez, es el más esencial de los servicios públicos y en esa condición la regulación se pretende que sea un vehículo facilitador para que esos servicios públicos domiciliarios y el servicio de acueducto en especial lleguen a toda la población haya una posibilidad de que las personas tengan un servicio de agua potable que mejore su condición de vida y en ese sentido la regulación está íntimamente ligada con el cumplimiento de los fines esenciales del estado de derecho.

GCD: Muchas gracias Dr.

GCD: Pregunta 2: en materia de servicio público domiciliarios, ¿cómo articula o relaciona el principio de solidaridad con la prestación, teniendo en cuenta que este principio es un fundamento propio del ordenamiento jurídico colombiano?

R/ Bien. Yo creo que hay tal vez dos grandes segmentos donde uno podría ubicar al tema de la solidaridad en materia de servicios públicos. Uno, que es muy claro, es muy evidente y es toda la estructura de subsidios y de estratificación que esta digamos concebida bajo una lógica en virtud de la cual, las clases más favorecidas o con mejores

recursos económicos y los industriales y comerciales pagan una sobre tasa o un sobre precio frente el costo económico de referencia y además, los estratos menos favorecidos, los estratos 1,2 y 3 reciben un subsidio que se paga en parte o totalmente dependiendo de la condición de cada municipio, precisamente con esos aportes solidarios que realizan las clases más favorecidas. Entonces, digamos que hay un segmento de la población con unos recursos económicos bajos que termina pagando un menor precio del que cuesta realmente el servicio y ese precio que ellos no pagan es cubierto con lo que aportan los estratos 5 y 6 y los industriales y comerciales y el déficit digamos lo cubre el municipio. O sea, ahí digamos hay una aproximación a la solidaridad y eventualmente puede haber un poco más escondida si se quiere en la estructura tarifaria porque los costos administrativos y operativos de las empresas de acueducto son costos que van al cargo fijo, digamos que en el cargo fijo se paga toda la administración y la operación del sistema y en determinado momento hay personas de menores ingresos que de pronto por vía de tutela, de mínimo vital se le sigue prestando el servicio a pesar de no haber pagado pero, los costos administrativos y operativos están cubiertos por todos los usuarios que si están pagando el servicio entonces, digamos que ahí hay algunos mecanismos también de tratar de costear – sufragar todos los costos del sistema, aun en el evento en que algunos usuarios no tengan la posibilidad de pagar.

GCD: tercera pregunta: a partir de la compresión que usted tiene del modelo de servicio público domiciliario en Colombia, léase constitución política, ¿Cuál cree usted que fue en su momento, la intención del constituyente de 1991 frente a los servicios públicos domiciliarios? ¿Dicho propósito se cumplió luego de 25 años de vigencia de la constitución política? ¿Por qué?

R/ Bien. La intención, en mi criterio de alguna manera eso deja evidencia las discusiones de la asamblea nacional constituyente, fue digamos una gran preocupación por los niveles de cobertura que teníamos en materia de servicios públicos domiciliarios y digamos que la concepción neoliberal de la constitución, tiene una clara intención de vincular capital privado a la prestación de los servicios, porque la experiencia publica para ese momento había sido no muy adecuada en la medida en que las porcentajes de cobertura no tenían un nivel de aumento digamos que le país necesitaba y además, había unas tarifas de los servicios públicos completamente distorsionadas del costo real del servicio por razones de

tipo político no se subían las tarifas se congelaban y adicionalmente, digamos los niveles de eficiencia de las empresas, entraban mucho en discusión porque se habían burocratizado un poco, las plantas de personal eran muy amplias, para la fecha de la ley 142 por ejemplo, se estimaba que una empresa debía -no recuerdo exactamente los números- pero, más o menos la correlación era tres trabajadores por cada mil usuarios y habían empresa en su momento AAA de barranquilla, antes de entrar AAA, con trece trabajadores por usuario o la Edi de Bogotá con cuatro trabajadores por usuario cuando lo que más o menos demandaba el servicio o lo eficiente eran tres. Entonces, en esa lógica la constitución pretende mejorar, el fin último es ampliar las coberturas de los servicios públicos domiciliarios como una condición necesaria para garantizar esa vida digna y como vehículo la constitución usa un esquema si bien, no de privatización absoluta, si de un esquema de garantizar la entrada de capital privado a los esquemas de prestación de los servicios públicos. Yo creo, que el propósito si se ha cumplido, porque de alguna manera la estadística muestra, si uno mira las coberturas que teníamos en la constitución del 91 vs la que tenemos hoy, sin duda, hemos tenido un avance enorme y la curva de avance es una curva más inclinada, que la curva de avance que venía con el aumento de cobertura de esa época que se comportaba más lento, a partir de la constitución del 91 y la posterior expedición de la ley 142 y el modelo neoliberal que se implanta por lo menos digamos en lo urbano, que ahí hay una nota importante en lo urbano yo sí creo que tanto la constitución como la ley cumplieron su finalidad porque lograron un aumento de coberturas mucho más rápido que la tendencia que venía con el modelo publico digamos de prestación directa por parte del estado.

GCD: categoría 2: Marco jurídico de los servicios públicos domiciliarios. Pregunta 4: ¿desde el sentido de los derechos que tienen los ciudadanos, de unos servicios públicos de calidad considera, que el régimen jurídico aplicable a los actos y hechos de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios en Colombia, garantiza la disponibilidad y continuidad de la prestación de los servicios?

R/ realmente, digamos que esa es una pregunta compleja, porque digamos que le régimen jurídico si pretende garantizar esa calidad, disponibilidad, esas coberturas y teóricamente todas las señales que da el regulador son tendientes a eso, a incentivar que se mejoren esas coberturas, que se brinde un servicio de calidad y con la continuidad

deseadas. En la práctica, no ha ocurrido así en todos los sitios, yo lo creo es que el ámbito de aplicación de la ley 142 o el impulso que pudo haber dado la ley 142 y todo este esquema, empieza a agotarse con el tiempo, en la medida en que como es un esquema estrictamente económico, digamos de mercado, el servicio público se incorporan en el titulo económico y del hacienda pública están en libertad de competencia, en libertad de empresa y la lógica de mercado funciona aunque suene tonto decirlo, donde hay mercado entonces, en aquellos sectores en donde no hay grandes poblaciones concentradas y gracias a nuestra ruralidad, la ley 142 nunca va a funcionar porque no hay la cantidad de usuarios suficientes para lo que se requiere para que un privado se meta. Entonces, hoy en día, después de 24 años a donde no ha llegado los privados es muy probable que ya no llegue o no por lo menos con la lógica de mercado de la ley 142 porque bajo una lógica que yo con la tarifa tengo que recuperar los costos de prestación las tarifas en estos municipios alejados son demasiado altas y no hay quien las pague y entonces no hay ningún prestador interesado en entrar en esos mercados, el no encuentra ahí un mercado atractivo.

GCD: categoría 3: teoría de la regulación de los servicios públicos domiciliario. Pregunta 5: ¿de qué manera el gobierno nacional interviene en la estructuración de la metodología tarifaria para el servicio público domiciliario de acueducto?

R/ bien, el gobierno nacional obviamente, tiene una injerencia importante en todo el marco tarifario de hecho, la comisión de regulación como tal es un ente que, si bien goza de autonomía técnica y administrativa, forma parte del gobierno nacional y adicionalmente la comisión está compuesta en este momento la comisión de regulación de agua potable, por cuatro expertos comisionados nombrados por el presidente de la república para un periodo de cuatro años, uno de esos cuatro expertos soy yo y los otro cuatro miembros de la comisión, que tienen voz y voto son el ministro de vivienda ciudad y territorio o su delegado, el ministro de ambiente y desarrollo territorial o su delegado y el ministro de salud o su delegado y el director del DNP o su delegado. Estas cuatro personas en la medida en que tienen voz y voto obviamente la mecánica que surge aquí en la comisión es que el grupo de la oficina, de la entidad, elabora los proyectos regulatorios hace los estudios, los análisis del caso el comité de expertos como primera instancia decisión revisa el tema y una vez que está aprobado en comité de expertos el tema pasa a

discusión en comisión y obviamente en los cuerpos colegiados y en las dinámicas de las mayorías surgen observaciones de los demás miembros de comisión que pertenecen al gobierno -los tres ministros que mencione o el director del DNP- y en ocasiones son acogidas y se cambia el proyecto regulatorio o en otras ocasiones no son acogidas y se continúan como estaban pero, en ese sentido si tienen una gran injerencia pues, es la mitad de la comisión y aportan sin duda al debate desde su óptica y desde sus interés sectoriales específicos.

GCD: pregunta 6: ¿en cuanto a la prestación del servicio público domiciliario de acueducto, considera usted que la reglamentación existente ley 142 de 1994 y las resoluciones reglamentarias son eficaces?

R/ yo creo que si son eficaces y vuelvo a matizar la respuesta, en términos generales son eficaces en los sistemas para grandes prestadores porque en Colombia los sistemas menos de 5 mil usuarios que es lo que actualmente, la regulación considera como pequeños prestadores de entrada la mayoría de esos pequeños prestadores no reportan al SUI de hecho, en Colombia no tenemos certeza sobre cuantos acueductos rurales tenemos en Colombia, el BIC maneja una cifra, el banco mundial otra, el DNP otra entonces yo sí creo que la regulación es eficaz y la regulación es absolutamente eficaz allí donde la lógica de mercado logro desarrollarse y donde las empresas han logrado establecer una estructura tarifaria que le permite recuperar sus costos y por lo mismo cumplir con los indicadores de calidad y continuidad y cobertura que la misma norma determina entonces, por lo menos para las grandes ciudades, los grandes centros urbanos sí creo yo que ha logrado una eficacia muy importante tanto la ley 142 como las normas reglamentarias de la misma.

GDC: pregunta 7: doctor, ¿Qué opinión le merece el cambio de modelo de estado de prestador regulador en materia de servicios públicos y que ajustes le haría?

R/ Bien. Yo pienso que los modelos en sí mismos, es decir, no hay modelos buenos y malos por si mismos en Colombia, hoy después de 24 años de expedida la ley 142 uno tendría que reconocer que hay empresas publicas muy ineficientes, pero, también hay otras muy eficientes y hay empresas privadas muy ineficientes, pero, también otras

privadas muy eficientes. De alguna manera, uno puede científicamente demostrar que en el carácter público o privado de una empresa no está el quick del asunto ni es lo que determina que haya un nivel de eficiencia o que el modelo sea bueno. Bajo esa perspectiva, yo creo que le modelo ha funcionado, creo que le modelo necesita un ajuste precisamente para lo que tiene que ver con la lógica de la inversión y me explico, en la medida en que nosotros sigamos un manejo estricto de mercado, y de un mercado que además no tiene incorporado los costos ambientales o sociales, ese mercado no va a cerrar, es decir, para un privado no va a ser interesante entrar porque definitivamente con la tarifa no va a poder recuperar los costos de operación de administración y mucho menos de inversión que se requiere para darle agua potable a estos colombianos pero, digamos existen otro tipo de consideraciones que pueden ser hoy monetizadas como por ejemplo los beneficios ambientales bajo la teoría de costos evitados, los beneficios en salud porque al municipio que no le de agua potable esos ciudadanos científicamente está demostrado que tiene una sobre carga en el sistema de salud por problemas de paracitos y una cantidad de cosas, hay consideraciones por ejemplo de soberanía nacional, nosotros tenemos municipios fronterizos con muy mal servicio y allí aun cuando la tarifa no sea rentable debería diseñarse una lógica en donde, el estado aporte o en donde se considere ese costo de seguridad nacional para cerrar la operación económica porque ocurre algo muy en nuestro actual sistema y en nuestra lógica de priorización de las inversiones bajo el esquema de la metodología general ajustada del DNP una de las grandes preguntas para priorizar la información es ¿Cuántas personas están beneficiadas, con la inversión? Entonces, cuando yo estoy en términos planos comprando el número de personas beneficiadas la inversión urbana siempre va a ser más rentable y socialmente mejor priorizada que la rural porque estas beneficiando mayor número de personas. Si tú tienes un barrio nuevo en un municipio con una red de tubería relativamente pequeña, le terminas dando agua a muchas personas en cambio, para llevar agua a un sector rural o hay que extender una tubería muy larga o hay que hacer una planta potabilizadora en el sitio y digamos el costo por cabeza del punto de agua es mucho más alto en lo rural que en lo urbano entonces, si la lógica sigue siendo la misma nunca va haber cierre para los proyectos rurales. Los proyectos rurales hay que cambiar digamos la óptica, porque hay que empezar a agregar otro tipo de beneficios y no porque sea el tema del momento, pero, si sin duda es relevante en este momento las zonas de post conflicto, son zonas rurales donde hay muy pocos habitantes donde nunca ha habido

servicios públicos y hay que buscar una lógica diferente porque allá sin duda no haber un privado que se meta o un público que se meta a cobrar una tarifa para de ahí recuperar los costos, ahí se va a necesitar un aporte extra del gobierno, unos aportes bajo condición o un esquema diferente de costeo que demuestre que eso es mejor invertir en lo urbano no solo porque es decir, que el criterio no sea solamente a cuantas personas beneficia la inversión sino eventualmente cual es el beneficio extra además de darle el servicio al ciudadano que se logra con esa inversión, que puede ser un beneficio de seguridad nacional, que puede ser un beneficio de afianzamiento de la paz entonces definitivamente a estas zonas veredales o donde sea que se vaya a centrar la guerrilla en esos municipios hay que poner agua y del alguna manera hay que ponerla al costo que sea como nos está ocurriendo ahorita en la guajira no sabemos cuánto cueste por persona llevarles el agua, pero hay que llevárselas al costo que sea porque la gente se está muriendo, hay niños muriéndose hay una medida cautelar de la corte interamericana de derechos humanos hay digamos una serie de cosas que implican, donde ya la ecuación de cuantos usuarios beneficio y si estoy o no recuperando los costos ya pasa a segundo plano, porque el gobierno tiene la obligación de mostrar resultados y algo similar sin que se maneje la penosa situación social y de infancia y todas estas cosas de la guajira tan dolorosa si vamos a tener que inventarnos una lógica diferente de priorización del gasto para que el gasto rural termine siendo lógicamente rentable a partir, de consideraciones diferentes al simple costeo de lo que vale la prestación del servicio.

GDC: categoría 4, institución y estado. Pregunta 8 ¿desde su experiencia considera pertinente el vínculo que tiene la comisión reguladora de agua con la rama ejecutiva del poder público?, ¿considera que podría existir otro tipo de vínculo u otro escenario? ¿Por qué?

R/ Bien. Yo creo que si como se dice vulgarmente un centavo para el peso cuando confeccionaron las comisiones porque la comisión de regulación de agua potable si bien tiene autonomía patrimonial y financiera, no tiene personería jurídica entonces ahí hay digamos un vínculo presupuestal y jerárquico que digamos genera una situación en donde digamos que el ejecutivo, tiene poder sobre la comisión y eso de alguna manera mina o arriesga si se quiere la independencia que debe tener le regulador en la medida en que la comisión fuera absolutamente independiente que no estuviera adscrita sino vinculada al

ministerio pues al sector al que pertenezca pero, que tuviera su propia personería jurídica y manejara completamente independiente todos sus temas creo que habría mayor independencia al regulador porque sin duda la confección de las comisiones de regulación fue pensada bajo esa lógica digamos que el hecho de que la norma reglamentaria de la ley 142 haya establecido que los comisionados somos de periodo fijo pretende precisamente garantizar la independencia porque es un funcionario de libre nombramiento y remoción digamos que a riesgo de no perder su trabajo puede en determinado momento ceder frente a una postura en la que técnica o económicamente no está de acuerdo mientras que la garantía de independencia de los comisionados permite cierto nivel de independencia pero, el hecho de la comisión no contar con personería jurídica, afecta digamos esa autonomía y en ese sentido creo que el vínculo podría ser básicamente el mismo pero, con el tema de dotar de personería jurídica las comisiones y darles autonomía ahora si absoluta aunque digamos desde el punto de vista de control de tutela sigan perteneciendo al sector y todo este tipo de cosas.

GCD: pregunta 9 y ultima: ¿atendiendo la manera en que funcionan el mecanismo de los subsidios en Colombia en cuanto a la prestación del servicio de agua potable considera que las instituciones de inspección, vigilancia y control cuentan con las herramientas para garantizar el derecho de los usuarios al mínimo vital de agua potable y de esta manera contribuir al mejoramiento de su calidad de vida? ¿Por qué?

R/ yo creo que actualmente, las instituciones de inspección, vigilancia y control no cuentan con esas herramientas básicamente por una razón, y es que el sistema de asignación de los subsidios o mejor la estratificación como sistema de asignación de los subsidios, está generando unas distorsiones en el esquema que hoy en día de hecho, se están llevando al DNP a pensar en una nueva metodología porque la estratificación como forma de distribuir subsidios ha entrado en desuso digamos en el mundo y la explicación es relativamente elemental y es que, cuando uno mira la ley en materia de servicios públicos domiciliarios específicamente, la ley habla de usuarios de menores ingresos, la estratificación no está ligada al ingreso de la persona sino al inmueble en el que vive y entonces, uno puede ver casos de errores de inclusión o exclusión porque hay personas que son de estrato 6 y los dos trabajan peo, en determinado momento se queda la pareja sin trabajo y tienen hijos menores de edad pero, por ser estrato 6 no son objeto de

subsidio aunque en ese momento deberían serlo porque no está ingresándoles ni un peso y por el contrario hay personas que tienen un buen nivel de ingresos y por razones familiares, sociales o de cualquier índole siguen viviendo en su casa estrato uno o estrato dos siguen recibiendo subsidio y tienen un nivel de ingresos que daría para que no recibieran subsidio y por el contrario, pagaran aporte solidario entonces, resolver el problema de los subsidios a través de la estratificación es digamos que pareciera un error en el sentido de que cuando hablo de los ingresos de las personas me estoy refiriendo a un tema de liquides, cuando yo hablo del inmueble me estoy refiriendo a un tema de patrimonio o de donde vivo y donde vivo exactamente no tiene una correlación de cuál es mi ingreso porque insisto yo puedo vivir en una inmueble estrato uno de conservación histórica una casa aquí en el chico de 30 mil millones pero, soy estrato uno porque es un inmueble de conservación histórica entonces, pago subsidiado los servicios públicos y digamos recibo una serie de beneficios que eventualmente no debería recibir, entonces, además de que se hace distorsión se hace otra distorsión enrome y es que en Colombia desafortunadamente las estratificaciones se han desactualizado demasiado y los municipios no han contado con los recursos o no han tenido el interés político de renovar o actualizar la estratificación municipal entonces, en la medida que están desactualizadas hay muchas personas que le han mejoras a sus inmuebles, han hecho segundos pisos hay casa lotes que ya son un edificio y todavía en el catastro o en la información municipal siguen apareciendo estrato 1 o 2 entonces, son personas están no solo recibiendo subsidios que no deberían sino pagando a veces prediales preferenciales y una cantidad de cosas que afectan la posibilidad de uno verificar que esos subsidios están llegando a la persona indicada. En ese contexto, la superintendencia no tiene como garantizar, no tiene las herramientas porque no solo esta desactualizada la estratificación en casi todos los municipios, tal vez, Bogotá es una de las pocas ciudades que ha hecho un ejercicio reciente de actualización de estratificación y de todo su catastro, de toda la información catastral entonces, sino hay una buena información catastral y además la información de la estratificación no es la mejor para asignar subsidios entonces la súper creo yo no cuenta con las herramientas necesarias porque en ultimas la súper lo que hace es cumplir la norma, verificar que se cumpla la norma pero, la norma no está logrando ya en este momento se ha distorsionado y no está logrando el fin que se pretende garantizar que es garantizar el acceso a las personas de menores ingresos en una condición preferencial y garantizar por ejemplo temas como el mínimo vital que de hecho el mínimo

vital en Colombia es una categoría nueva relativamente como categoría en los servicios públicos en el sentido de que por vía de tutela se ha ido incorporando al panorama jurídico y en su momento digamos políticamente muy loable, jurídicamente bastante discutible se creó una especie de segundo subsidio que no está en ninguna parte de la ley que es ese mínimo vital de los 6mc de agua, eso lo implanto Bogotá con la alcaldía pasada y ha hecho eco porque en Medellín también hay mínimo vital y ahora en Pereira porque digamos que de alguna manera yo creo que más en una relación de costo beneficio los alcaldes y las me presas de servicios públicos han visto que hay un sector de la población al que le cuesta mucho trabajo el pago del servicio y además es un sector de la población a quien no tiene sentido entregarle un servicio pago que no van pagar porque entonces vas a generar una cartera que no vas a cobrar nunca, cuando tu sales a cobrar una factura a una persona de estrato uno que lleva 4 meses sin pagar servicios públicos le está debiendo a la empresa 300-400 mil pesos entonces una persona que no tiene con qué pagar y además a ti un proceso jurídico de cobro coactivo te puede costar esos 400 mil o más en la práctica yo creo que dijeron aquí realmente no está la plata y como es plata no es fácil de recuperar es más sencillo y políticamente más rentable establecer la política de mínimo vital y nadie se ha opuesto a ella porque la ley permite unos subsidios que son los de consumo los que valen la factura y es de algún manera un subsidio aunque se está entregando gratuitamente bajo un argumento constitucional 6mc de agua, que además es una cifra que está basada en los estudios que hizo en su momento la alcaldía de Bogotá pero, no surge de la regulación se ha debatido a veces si vale la pena o no regular el mínimo vital y un poco lo que se ha concluido es que el mínimo vital no viene de la ley y ponernos a regular cosas que no están en la ley y además un poco también con la lógica de que ese mínimo vital no está generando una distorsión de mercado y la regulación teóricamente es excepcional digamos que la lógica de un mercado es que el mercado se auto regule que por las leyes de oferta y demanda el mercado se regule y el regulador solo interviene cuando hay una imperfección en ese mercado o cuando hay una amenaza de imperfección entonces es necesario que la regulación intervenga en este caso del mínimo vital en Colombia digamos hasta ahora está empezando a gestarse todo ese movimiento de reconocimiento del mínimo vital inclusive estos movimientos de referendo para volver el agua un derecho fundamental entonces es un tema que esta como en construcción aun.

GCD: Muchísimas gracias Dr. Por compartir conmigo su conocimiento su experiencia, no le quepa la menor duda que será un insumo para la construcción del documento final de tesis y que mi defensa en su reflexión será un punto de inspiración.

ENTREVISTA #4

EXPERTO: Dr. Jaime Buenahora, Representante a la Cámara por la circunscripción internacional, director del MAS en Diplomacia y Relaciones Internacionales de la Universidad Fairleigh Dickinson en los Estados Unidos de América, en 1.991 cuando se llevó a cabo la constituyente, el Dr. Buenahora era Representante a la Cámara, condición que le permitió asistir a todos los debates suscitados en este escenario de trasformación para el país.

Bogotá, D.C., 03/04/2017

AUTORIZACIÓN PARA EL USO DE INFORMACIÓN CON FINES EXCLUSIVAMENTE ACADÉMICOS PARA UN TRABAJO DE INVESTIGACIÓN DE MAESTRÍA

Señor
GERSON JAIR CASTILLO DAZA
Maestrante en Derecho Administrativo
Universidad Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario
Bogotá, D.C.

Respetado señor Castillo Daza:

Por medio del presente le doy mi autorización expresa para que los resultados de mi participación en la aplicación del Instrumento 1 "Entrevista en profundidad a expertos en materia de servicios públicos de acueducto", sean utilizados con fines exclusivamente académicos para alcanzar el objetivo general trazado en el trabajo de investigación denominado "*REGULACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE ACUEDUCTO EN COLOMBIA: UNA MIRADA REFLEXIVA DESDE EL PUNTO DE VISTA NORMATIVO E INSTITUCIONAL*" bajo la dirección del Dr. HUGO ALEJANDRO SÁNCHEZ, profesor de la Universidad Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario, siempre y cuando la finalidad de esta investigación sea la de servir como requisito para optar al título de Magíster en Derecho Administrativo, programa académico de la Institución antes citada.

Igualmente lo autorizo para que en la investigación se mencione el nombre de la empresa e información general sobre la misma, consistente en: _____
_____
_____
_____
_____
_____
_____

Cordialmente,

JAIME BUENAHORA FEBRES
HR. POR LOS CIUDADANOS EN EL EXTERIOR

FECHA DE LA ENTREVISTA: 03 de abril de 2017

FECHA DE RESPUESTA DE LA SOLICITUD: 16 de marzo de 2.017, 22 marzo de 2.017 y 28 marzo de 2.017

OBJETIVO DE LA ENTREVISTA: servir como instrumento para la identificación de concepciones y perspectivas acerca del servicio público de acueducto, en su relación con el Estado Social de Derecho, el marco jurídico aplicable, la teoría de regulación de los servicios públicos domiciliarios y la Institución y Estado.

OBJETIVO GENERAL DE LA INVESTIGACIÓN: estudiar el desarrollo que ha presentado la regulación del servicio público domiciliario de acueducto en Colombia, a partir de la Constitución de 1991.

NOTA: los resultados de la presente entrevista y su respectivo análisis harán parte fundamental de una investigación y tiene un carácter exclusivamente académico.

A continuación, se realizará una serie de interrogantes, ante los cuales se le invita a dar respuesta en la medida de sus convicciones.

*Las preguntas aplicadas al experto referenciado son aquellas cuyo ítem se encuentra sombreado.

Tabla 7. Preguntas Entrevista Dr. Jaime Buenahora.

Ítem No.	PREGUNTAS
Categoría 1- Estado Social de Derecho	
1	¿Cuál era el contexto socioeconómico en que se encontraba el país en materia de prestación y cobertura de los servicios públicos domiciliarios, antes de la Constituyente de 1991?
2	¿Cuál cree que fue el mayor logro del Constituyente de 1991 en materia de servicios públicos domiciliarios?
3	¿Cuáles eran las condiciones económicas, políticas y sociales en las que se encontraba el país en 1991, que llevaron a cambiar el modelo de un Estado prestador a un Estado regulador en materia de servicios públicos domiciliarios?
4	Según su experiencia y en el marco colombiano, ¿considera usted que las normas de regulación de servicios públicos domiciliarios contribuyen con el cumplimiento de los fines esenciales del Estado Social de Derecho? ¿Por qué?
5	En materia de servicios públicos domiciliarios, ¿cómo articula correlaciona el "principio de solidaridad" con la prestación, teniendo en cuenta que este principio es un fundamento propio del ordenamiento jurídico colombiano?
6	A partir de la comprensión que usted tiene del modelo de servicios públicos domiciliarios en Colombia (Constitución Política), ¿cuál cree que fue en, su momento, la intención del Constituyente de 1991 frente a los servicios públicos domiciliarios? ¿Dicho propósito se cumplió luego de 25 años de vigencia de la C.P.? ¿Por qué?
Categoría 2- Marco Jurídico de los Servicios Públicos Domiciliarios	
7	Desde el sentido de los derechos que tienen los ciudadanos a unos servicios públicos de calidad, ¿considera que el régimen jurídico aplicable a los actos y hechos de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios en Colombia, garantiza la disponibilidad y continuidad de la prestación de los mismos?
8	En cuanto a la prestación del servicio público domiciliario de acueducto, ¿considera usted que la reglamentación existente (Ley 142 de 1994 y las Resoluciones reglamentarias) son eficaces?
Categoría 3- Teoría de la Regulación del Servicio Público Domiciliario de Acueducto	
9	¿De qué manera el Gobierno Nacional interviene en la estructuración de la metodología tarifaria para el servicio público domiciliario de acueducto?
10	¿Qué opinión le merece el cambio del modelo de Estado prestador a Estado regulador, en materia de servicios públicos, y que ajustes le haría?
Categoría 4- Institución y Estado	
11	Desde su experiencia, ¿considera pertinente el vínculo que tiene la Comisión de Regulación de Agua Potable y Alcantarillado con la Rama Ejecutiva del Poder Público? ¿Considera que podría existir otro tipo de vínculo u otro escenario? ¿Por qué?
12	Atendiendo la manera en que funciona el mecanismo de los subsidios en Colombia en cuanto a la prestación del servicio de agua potable, ¿considera que las Instituciones de inspección, vigilancia y control cuentan con las herramientas para garantizar el derecho de los usuarios al mínimo vital de agua potable y de esta manera contribuir al mejoramiento de la calidad de vida? ¿Por qué?
13	¿Cuáles son los actores del sector, y qué función desempeñan en la vigilancia y control del servicio público domiciliario de acueducto? ¿Podría de alguna manera y en forma muy resumida enunciar cada una de las funciones de vigilancia y control?
14	¿Qué papel juegan, los usuarios, suscriptores o suscriptores potenciales, en el marco del concepto de participación ciudadana y democracia participativa?

Ítem No.	PREGUNTAS
15	¿Considera que hay una descoordinación entre los actores, léase Ministerios, CRA, ¿Superintendencia, alcaldes?
16	Como Superintendente Delegado para el ramo, ¿qué mecanismos de control y vigilancia del servicio público domiciliario de acueducto identifica? Y a su juicio ¿cuál es la importancia de los mismos?
17	En su criterio y de acuerdo con el modelo colombiano, ¿considera que los mecanismos de inspección, vigilancia y control a la prestación del servicio público domiciliario de acueducto, garantizan el derecho que tiene la población a recibir un servicio que le aporte al mejoramiento de su calidad de vida? ¿Por qué?
18	¿Considera usted que el modelo regulatorio actual en Colombia debe ser revaluado o modificado para crear un solo organismo donde se concentran las funciones de control, vigilancia y regulación del servicio público domiciliario de acueducto, teniendo como referencia el modelo británico?
Categoría 5- Regulación del servicio público domiciliario de acueducto en el contexto global	
19	¿Cuál es el sistema regulatorio en general y el marco regulatorio aplicable al servicio público de acueducto en Chile?
20	Teniendo en cuenta que la prestación del servicio de Agua en Chile está a cargo de los particulares bajo la regulación, vigilancia y control del Estado, ¿en qué consiste la regulación que hace el Estado Chileno a la prestación del servicio público de agua a los usuarios? ¿A través de qué entidad (s) u órgano (s) vigila, controla y regula su prestación?

Transcripción de la entrevista.

GCD: Categoría 1, estado social de derecho. ¿Cuál, era el contexto socio económico en que se encontraba el país en materia de prestación y cobertura de servicios públicos domiciliarios antes de la constituyente del 1991?

R/ Antes de la carta política del 91, paradójicamente en materia de acueducto, alcantarillado y electrificación yo diría que, el país giraba en torno a entidades públicas que en las distintas regiones o departamentos prestaban esos servicios. Las famosas empresas públicas municipales por ejemplo en Cali, Cúcuta, Medellín, etc. En relación con el acueducto y el alcantarillado y lo mismo ocurría repito con la electricidad de tal suerte, que uno podría decir que todavía no afloraba la privatización de esos servicios sino era más bien normal, una costumbre que fueran entidades públicas las surtidoras de esos servicios y dije paradójicamente, porque se supone que la carta política del 91 fue una carta progresista que justamente estableció unos parámetros para la constitución del estado social de derecho y en la medida en que siendo progresista pues, uno supondría que lo público ha debido tener una prelación o cierta preferencia frente a lo privado para la construcción del estado social de derecho esa es la gran contradicción de la constitución

porque mientras se predica la construcción del estado social de derecho las políticas públicas en general empiezan a adaptarse para hacer todo lo contrario es la apertura por ejemplo que se genera durante el gobierno del ex presidente Gaviria 7,8,9 proyectos en el supuesto de abrirnos al mundo, reducir aranceles, reducir tarifas supuestamente conectarnos mejor con nuestros puertos para exportar y al final uno sabe que era mucho más lo que íbamos a recibir en posibilidades es decir, en importaciones que lo que íbamos a vender pero, se nos vincula también a través de la reducción del estado y reduciendo el estado empiezan a ofrecerse electrificadoras, empiezan a ofrecerse empresas de servicios públicos siempre aduciendo y en esto hay una relativa parte de razón que la burocracia oficial y sobre todo los sindicatos en esas entidades prestadoras de esos servicios públicos llegaron a tener producto de relaciones colectivas demasiados privilegios casi al punto de hacer inviables las mismas empresas eso paso en Cali por ejemplo, en Cúcuta y en otras ciudades del país y en todo caso lo que yo quiero para comenzar es contarles que antes de la cara política del 91 esos servicios y en particular el servicio de acueducto era prestado por entidades públicas y no por el sector privado y que paradójicamente a pesar, de que la puesta en marcha del estado social de derecho implica respetar el sector público se abren las compuertas para que la privatización y el neo-liberalismo se profundicen en la década de los 90 y desde luego así seguiremos en la primera década del siglo xxi esa es una gran contradicción, yo creo que uno de los puntos para concluir sobre porque no se ha podido aplicar la carta del 91 con tan buenos propósitos es justamente porque mientras los constituyentes decidían una cosa el gobierno estaba poniendo en marcha el tren del neo-liberalismo y las privatizaciones, ese era el contexto.

GCD: Ok. Muchas gracias Dr.

GCD: Pregunta 2: Dr. Teniendo en cuenta que para el momento de la promulgación de la carta del 1991 y el periodo anterior a ella en el que se debatieron en el seno de la constituyente todas las reformas constitucionales usted, era representante a la cámara para ese entonces además, un representante a la cámara muy juicioso que asistió a todos los debates, me permitiría hacer la siguiente pregunta: ¿Cuál cree que fue el mayor logro del constituyente de 1991 en materia de servicios públicos domiciliarios?

R/ Tratar de plantear la universalidad, es decir, que los servicios públicos, realmente le llegaren a cualquier ciudadano y no solo en materia de servicios públicos sino en los derechos fundamentales como por ejemplo la salud y la educación la universalización de esos derechos. Y en materia de servicios públicos, habría que confrontar esa realidad del momento con la predica del constituyente con los indicativos del censo, el censo anterior a la salida de la constituyente del 91 es el censo del 85 que le puede servir de base por ejemplo que porcentaje de la población colombiana todavía no tenía servicio de acueducto entonces, yo creo eso fue un punto, un norte que tuvo la asamblea constituyente sobre eso, hubo colaboración de todos los partidos no hubo diferencias ideológicas, era una necesidad y se lo quiero decir en estos términos el estado se supone el estado visto en su marco institucional y la estructura de poder, se supone que es arbitro entre las distintas categorías y sectores sociales no puede acomodarse en favor de unos y en detrimento de otros la historia del país muestra que el estado no ha sido buen árbitro, sino que las elites se apropiaron del estado y siempre las elites le han sacado ventaja entonces, si uno acepta por ejemplo las reglas del libre cambio, la oferta y la demanda o el funcionamiento anormal del capitalismo en una sociedad como la nuestra uno dice vaya y venga en el sector privado, pero, porque su calle esta pavimentada y la mía no porque yo vivo en un barrio miserable eso es inaudito el estado, debe ser un árbitro para garantizar que lo público llegue a todos. Entonces, en el tema concreto de los servicios públicos domiciliarios yo creo que hubo mucha conciencia entre los constituyentes en el sentido que las cifras indicativas de la carencia en esa prestación de servicios a grandes sectores de la población pues, hacía que se tenía que pensar primero en la universalidad, que llegara a todos, que la sociedad fuera incluyente para hacer concordancia con los primeros artículos de la constitución es decir, donde están los principios fundamentales de la constitución y yo creo que ese fue un gran logro porque en ese sentido, la carta política del 91 es bien incluyente y creo que despertó mucha conciencia alrededor de este tema y de los derechos fundamentales, de la tutela y una cantidad de cosas.

GCD: tercera pregunta: ¿según su experiencia, en el marco colombiano, considera usted que las normas de regulación de servicios públicos domiciliaros contribuyen al cumplimiento de los fines esenciales del estado social de derecho? ¿Por qué?

R/ yo, creo que ese es un tema que tiene su pro y su contra, su más y su menos, y tiene su más en la medida en que empezaron a desarrollarse unas regulaciones especificas importantísimas sobre el tema de servicios públicos en general, pero, como le dije al abrir las compuertas para las privatizaciones, me parece a mí que se reduce el intervencionismo de estado y hay temas en los cuales, usted no puede dejar que la libre oferta y demanda quede en manos privadas porque el sector privado siempre busca la rentabilidad el lucro, etc. y en materia de servicios públicos se necesita, sobre todo viendo esa realidad de la carencias en estos sectores se necesita una política de subsiradiedad al menos por cierto tiempo y eso no se vio en Colombia vuelvo y le repito que mientras se predica la constitución del estado social de derecho, todas las políticas de los años 90 son aperturistas, son neoliberales y esa es una gran contradicción entre la puesta en marcha de una constitución y lo que estaba pasando en la gobernabilidad de Gaviria, Samper y los que estaban en ese tiempo incluido el actual gobierno entonces, no solo en servicios públicos sino que en las concesiones se abrió el país se rifo por eso pasa lo de electricaribe entonces, el haberle cortado herramientas al intervencionismo en materia de servicios públicos un tema tan delicado es tan comparable como la privatización que uno ve en la educación es un mercantilismo terrible el que hay en la educación privada y cada día pierde más la educación pública allá su universidad el externado, la javeriana los andes cada año construyen un nuevo edificio ¿Cuánto vale una maestría? Y en cambio pase usted por la nacional y no ve solo sino recortes presupuestales, entonces, con los servicios públicos domiciliarios paso exactamente lo mismo usted predica una cosa los constituyentes crean conciencia hacia la universalidad de ese derecho como en salud y educación también, pero, en la realidad cuando abre las compuertas sobre la teoría de la competitividad y respetar la empresa, etc. Propugnar por la competencia empieza a ofertar se salva la empresa pública de publica de Medellín pero, otras no y la culpa obviamente no solo es voracidad de los cuerpos privatizadores que también quieren reducción del estado, que se vendan los bancos, que se venda todo reducir el estado a un tamaño casi mínimo en su intervencionismo sino que en todas las áreas usted ve como el estado empieza a perder su control y usted no puede garantizar un buen desarrollo de los servicios públicos como los datos del centro del 85 si usted, está en esa predica y lo otro que si quiero que quede muy claro es que también hay una gran responsabilidad de quienes manejaron esos sectores o esas entidades públicas prestadoras de servicios, de los servicios domiciliarios porque las empresas públicas municipales que quebraron o

eran inviables lo que había era un exceso de sindicalismo una oligarquía sindical si se quiere que hacía que esas empresas eran inviables entonces eso es como cuando el sector público no actúa bien y se lo come el mismo sindicato obviamente eso es darle un argumento mayor a quien en aras de la privatización quiere coger ese sector, pero, para rentabilidad no para satisfacer los intereses colectivos entonces, sobre eso va a tener usted que hacer una profundización filosófica porque eso le paso a este país entonces, viene la ley de servicios públicos, que tiene cosas positivas que tiene cosas negativas, pero, se abrieron las compuertas a las privatizaciones y usted que es de la costa, está viendo hoy que no es un tema porque es el acueducto pero usted está viendo la calamidad de la electrificación, con la ELECTRICARIBE ese es el prototipo de lo que ocurre con las privatizaciones generalmente.

GCD: De acuerdo. Pregunta número 4. En materia de servicios públicos domiciliarios, ¿Cómo articula o relaciona el principio de solidaridad con la prestación, teniendo en cuenta que este principio es fundamento propio del ordenamiento jurídico colombiano?

R/ Yo creo que ha puesto el dedo en la llaga, porque es imposible construir sociedad en solidaridad, hay dos principios fundamentales en la constitución que me parece a mí que son golpeados todos los días en Colombia, uno es el principio de solidaridad y el otro el del interés general. El interés general es doblegado, es pisoteado, pero, pasa en todos los escenarios le voy a poner un caso diametralmente distante u opuesto que es el del derecho penal la teoría garantista tiende a proteger al individuo y obviamente tiene que haber las garantías del debido proceso y todo lo que usted quiera, pero, es tal el exceso de garantismo que pregunto ¿Quién defiende a la sociedad?, el ministerio público lo hace como debe ser en materia penal, yo no creo que en casos excepcionales como este de Uribe noguera donde hay un pronunciamiento de todo el mundo en el resto de casos el individuo tiene tantos garantismo que el interés general es decir, el societario que además tiene que recibir un mensaje efecto demostración es decir, que se castiga a alguien para que la gente no siga esa conducta por ejemplo frente a la corrupción no opera entonces, el interés general es pisoteado todos los día y la solidaridad social solo funciona cuando hay conciencia ciudadana cuando usted ha creado una cultura de apoyo a quien no tiene en el caso de los servicios públicos domiciliarios falta muchísimo yo vuelvo y digo, lo primero que tenía que hacerse sobre las cifras del censo del 85 coja 3 municipios de la costa y se dará cuenta y haga las proyecciones 86, 87 hasta el 91 y se dará cuenta de

que la carencia era impresionante en agua potable que es su tema entonces, usted tiene que construir una solidaridad presupuestaria para eso necesita solidaridad de quien hace los presupuestos y los presenta ante el consejo y la asamblea es decir, de los planes de desarrollo solidaridad del gobierno en las transferencias es decir, con un enfoque particular sobre los servicios públicos domiciliarios porque usted como constituyente predico la universalidad entonces, eso es un principio que se viola todos los días y yo sí creo que es muy difícil construir sociedad si no se doblega el interés sectorial o particular y como dije el interés general se vulnera a diario en todas las áreas que usted mire de la sociedad.

GCD: pregunta numero 5: ¿a partir de la comprensión que usted tiene, en el modelo de servicios públicos domiciliarios en Colombia léase constitución política, ¿cuál cree que fue en su momento, la intención del constituyente de 1991 frente a los servicios públicos domiciliarios dicho propósito se cumplió luego de 25 años de vigencia de la constitución política? ¿Por qué?

R/ No. Más o menos por las mismas razones, no yo creo que los constituyentes tuvieron una muy sana intención y fueron fuertes en temas como la consagración de los derechos fundamentales, en temas económicos sociales y culturales y de los derechos de tercera generación como el derecho al medio ambiente, derechos a los consumidores a tutela a todo eso pero, no establecieron unos mecanismos o herramientas suficientemente fuertes para que en la práctica hubiera concordancia con esa predica por ejemplo yo soy de los que creo que algunas cosas como la salud, la educación, los servicios públicos domiciliarios no pueden quedar en manos de libre mercado no tiene que haber una cuota muy seria de intervencionismo ye so se pudo haber plasmado en la constitución porque nadie niega la libre empresa ni la competencia no eso está bien pero, hay temas fundamentales repito como salud, educación y servicios públicos en donde usted tiene que mantener una cuota de intervencionismo para que el estado pueda regular. Pongo un ejemplo: las concesiones y ustedes las han vivido en la costa yo acabo de conocer una concesión terrible en la ciudad Cúcuta pero, no con acueducto sino con electrificación las concesiones no pueden ser de 10,15,20, 30 años porque usted traslada a un operador privado “x” servicios publico domiciliario y usted tiene que evaluar en la medida en que ese operador ese concesionario ese cumpliendo pues, a los 3 años si quiere hace una renovación pero, sino usted tiene que descalificar de entrada porque el interés general debe primar y cómo evalúa usted eso pues, viendo lo que está pasando si usted parte de

un censo en que le dicen que mire el 35% dela población todavía no tiene agua potable y el compromiso de este concesionario era que iba a reducir eso al 20% en 3 años pero, si cumple la meta renuévele pero, sino la cumple sáquelo entonces, cuando usted hace una concesión a 20 años obviamente si usted trata de hacer algo antes viene una demanda multimillonaria con el municipio, el departamento o la nación entonces eso quedo mal hecho, eso quedo muy mal hecho y yo creo que el país está en mora de expedir una ley que meta en cinturón un poco las concesiones de todo tipo. En el caso de los servicios públicos domiciliarios con mayor razón porque precisamente se está utilizando el adjetivo público al sustantivo servicio es algo que trasciende lo privado que si está absolutamente enraizado con el interés general por eso se le llama servicio público no decimos servicio domiciliario entonces, así debería ser y yo diría que eso quedo mal quedo flojo usted haga un censo de ciudades de la costa por ejemplo que sería muy interesante para su tesis que han hecho esas concesiones y se dará cuenta de que si mira las clausulas quien fiscaliza eso, quien hace supervisión, quien está encima de un control de gestión, donde hay un control de resultados, donde hay audiencias públicas, en que barrios por ejemplo la gente se queja porque no hay servicio de acueducto o porque el agua le llega cada tres o cuatro días ósea, en la costa hay muchos ejemplos de esos porque yo creo le estaba diciendo Gerson que a mí me parece maravilloso índice que tiene y me parece muy importante que se haya concretado en un solo servicio pero, hace toda la introducción muy bien en el índice, es muy importante que al lado de tanta juridicidad pueda hacer por ejemplo una especia de trabajo de campo apoyándose en cifras y en cosas en lo que está pasando en la realidad ese es su espejo si y la enriquece muchísimo pero, esa es la verdad yo sí creo que la ley tiene que ser modificada el sistema de concesiones es perverso como está planteado y opera en la minería, opera no solo en los servicios públicos domiciliarios sino en todo y no puede ser.

GCD: perfecto doctor me voy a conceder hablando de concesiones, a hacer una última pregunta a una segunda categoría que no la había anunciado y es el marco jurídico de los servicios públicos domiciliarios. Esta sexta y última pregunta versa: ¿desde el sentido y los derechos que tienen los ciudadanos a unos servicios públicos de calidad considera que el régimen jurídico aplicable a los actos y hechos a las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios en Colombia, garantiza la disponibilidad y continuidad de la prestación de los servicios?

R/ No. Por las mismas razones. No porque la premisa mayor de todo este esquema es la libre competencia hay cosas que usted no puede ofertar. El problema de esta tesis y todas las tesis que tienen que ver con salud y educación y servicios públicos es que usted no puede perder de vista que el marco constitucional inicia con los dos principios del interés general y la solidaridad para poder buscar el interés colectivo articulo 3 ese es el fin del estado entonces, usted debiera legislar en concordancia con eso la sociedad no puede ser de unos pocos privilegiados somos nosotros y en ese sentido cuando usted parte de esas premisas y ve los resultados sociológicos por eso le digo que haga un poquito de trabajo de campo se da cuenta que no hay ninguna no se llega a la finalidad que pretenden esos artículos primarios fundamentales de la constitución, no se llega al contrario con el argumento de la libertad de enseñanza se da cuenta como crece el mercantilismo y la educación privada, cual libertad en eso si yo quiero asegurar el país tengo que educar pero, tengo que generar oportunidades de educación no solo en la elite entonces con los servicios públicos domiciliarios se repite la historia de que el estado deja de ser un árbitro y se vuelve un aliado de ciertas categorías en detrimento de otros y así no puede ser entonces hay casos ejemplares que usted también debe mirar como el de las EPM en donde se demuestra precisamente que una entidad siendo publica si puede ser eficiente muy eficiente porque Medellín pudo y porque Cali resulto con unas empresas publicas inviables luego, eso demuestra que si puede haber una manejo gerencial desde la visión del sector público y no creer que la empresa privada maneja mejor no eso es mentira y sino usted no podría ver a Suecia funcionando donde es todo es público sin ser comunista acá no es cuestión de socialismo comunismo es que tiene que haber intervencionismo donde usted ve que grandes sectores de la sociedad están siendo marginados de las oportunidades de ese servicio de otros y yo creo que las preguntas que me hizo todas tienen un gran fondo filosófico - político y usted tiene que en algún momento que tomar partido pero, créame que si uno sigue en las condiciones actuales permitiendo que el concepto de libre empresa y de mercado y de competitividad se aplique a un tema crucial como el de servicios públicos domiciliarios no vamos a resolver nunca el problema al contrario lo vamos a empeorar.

GCD: Dr. Jaime mil gracias por su tiempo, una visión muy interesante sobre el tema de los servicios públicos y más cuando hoy en día los expertos están aguantando a reforzar y darle validez a las teorías del neoliberalismo usted tiene una visión muy humana con un fondo muy filosófico además supongo que producto de su formación en parís usted hizo en posgrado en sociología y ciencia política y yo soy politólogo yo no soy abogado, soy de

los pocos politólogos que está a portas de graduarse en magister de derecho administrativo y quise explorar ese universo en lo jurídico para complementarlo con la formación en ciencia política que tengo y por eso además escogí el tema, mi documento tiene mucho de sociología es más he pretendido equipararlo y tener un balance y un equilibrio entre lo jurídico y lo político de tal forma que quede el pincelazo de mi formación de pregrado ahí plasmado y créame que va a ser de gran importancia todo su aporte de conocimiento y le agradezco de manera profunda el tiempo que ha dedicado a esta entrevista hoy.

ENTREVISTA #5

EXPERTO: Dr. Julián López Murcia, Superintendente Delegado Acueducto, Alcantarillado y Aseo.

Bogotá, D.C., 14 de junio de 2017

AUTORIZACIÓN PARA EL USO DE INFORMACIÓN CON FINES EXCLUSIVAMENTE ACADÉMICOS PARA UN TRABAJO DE INVESTIGACIÓN DE MAESTRÍA

Señor
GERSON JAIR CASTILLO DAZA
Maestrante en Derecho Administrativo
Universidad Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario
Bogotá, D.C.

Respetado señor Castillo Daza:

Por medio del presente le doy mi autorización expresa para que los resultados de mi participación en la aplicación del Instrumento 1 "Entrevista en profundidad a expertos en materia de servicios públicos de acueducto", sean utilizados con fines exclusivamente académicos para alcanzar el objetivo general trazado en el trabajo de investigación denominado "*REGULACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE ACUEDUCTO EN COLOMBIA: UNA MIRADA REFLEXIVA DESDE EL PUNTO DE VISTA NORMATIVO E INSTITUCIONAL*" bajo la dirección del Dr. Hugo Sánchez Bermúdez, profesor de la Universidad Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario, siempre y cuando la finalidad de esta investigación sea la de servir como requisito para optar al título de Magíster en Derecho Administrativo, programa académico de la Institución antes citada.

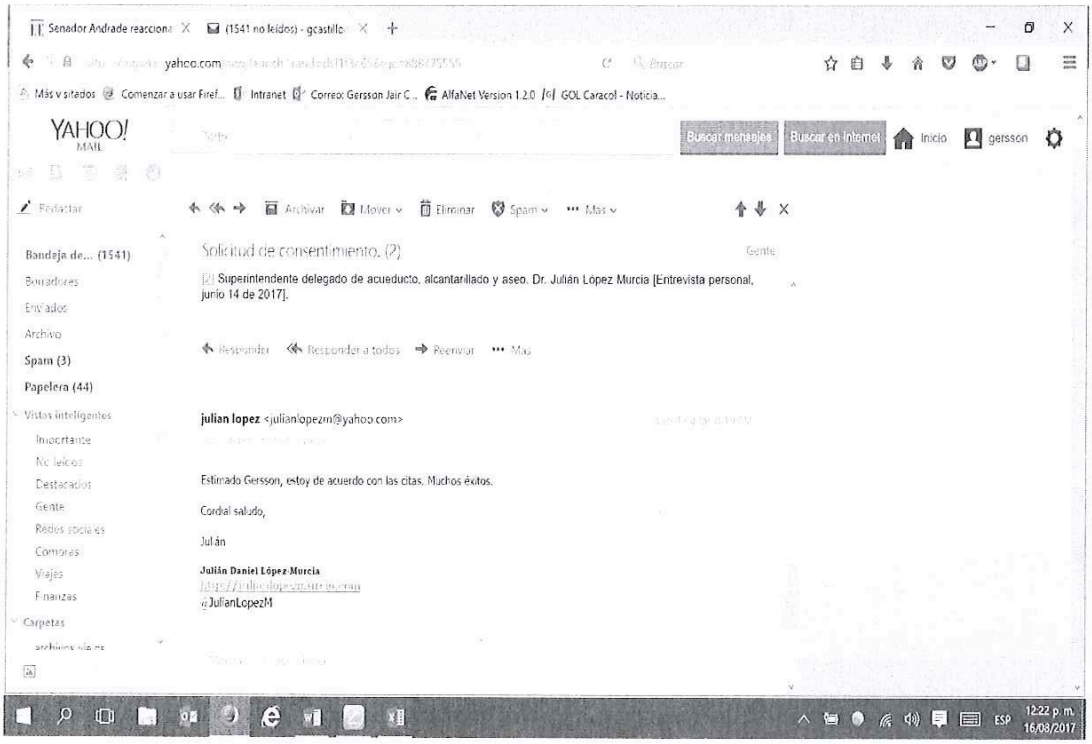
Igualmente lo autorizo para que en la investigación se mencione el nombre de la empresa e información general sobre la misma, consistente en: La Superintendencia Delegada para Acueducto, Alcantarillado Y Aseo.

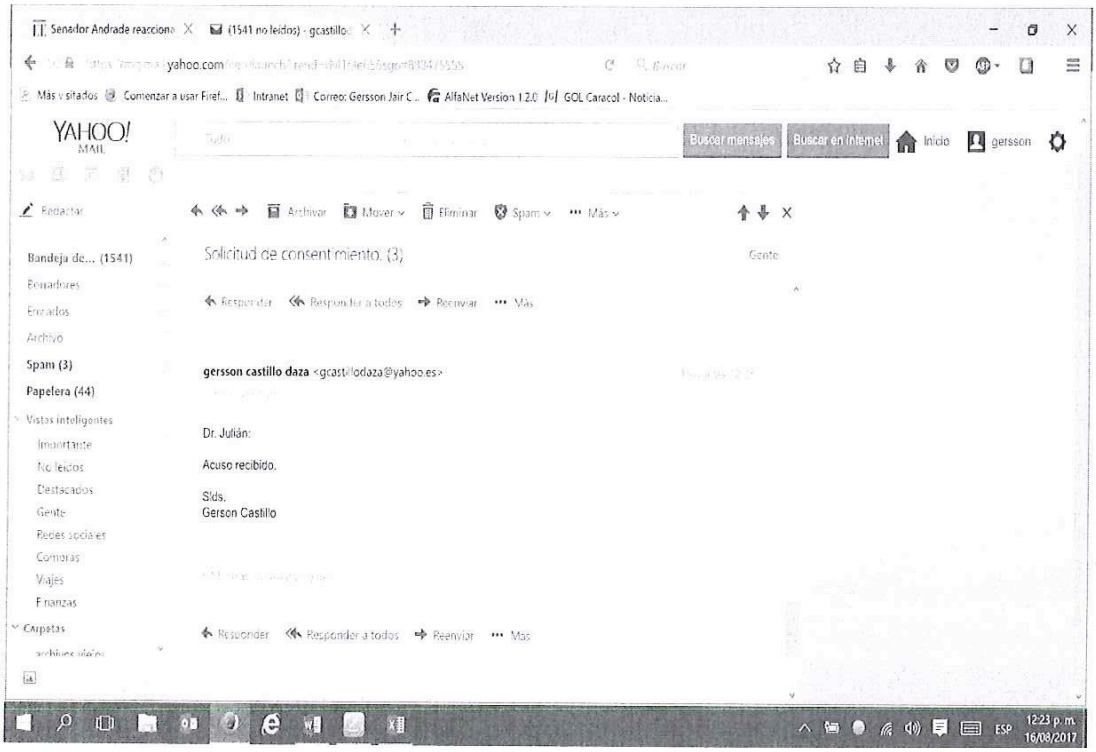
Cordialmente,

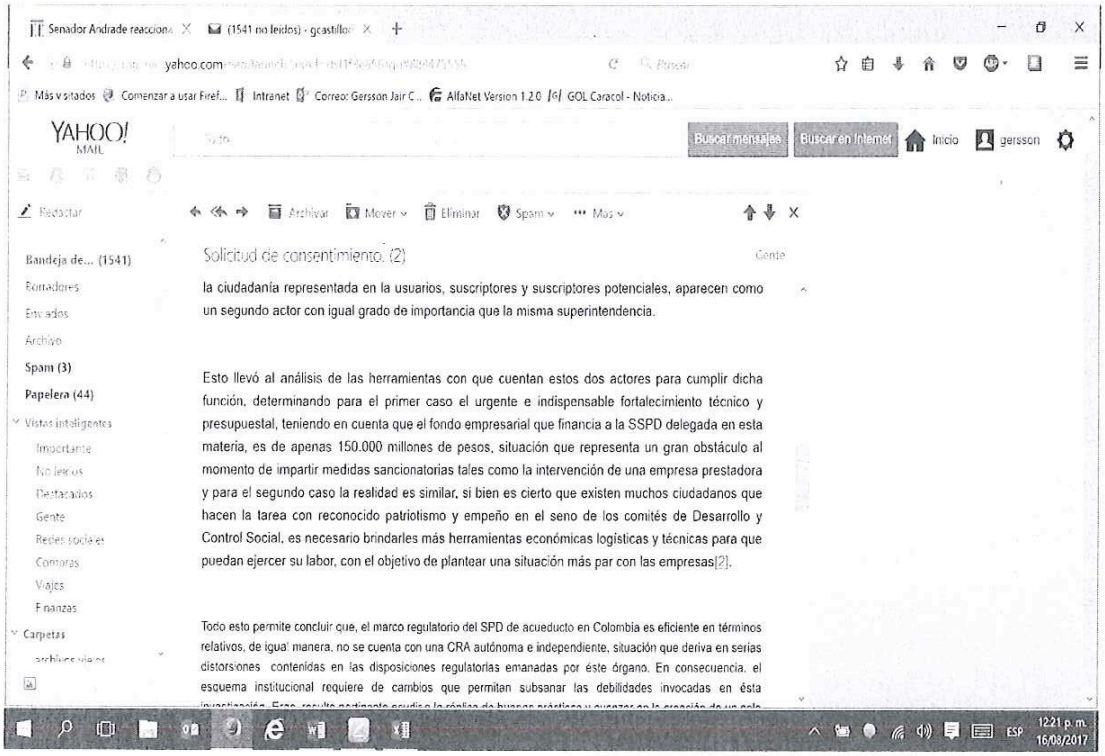
① Es opinión personal, no institucional.
② Quisiera ver los documentos antes de su publicación

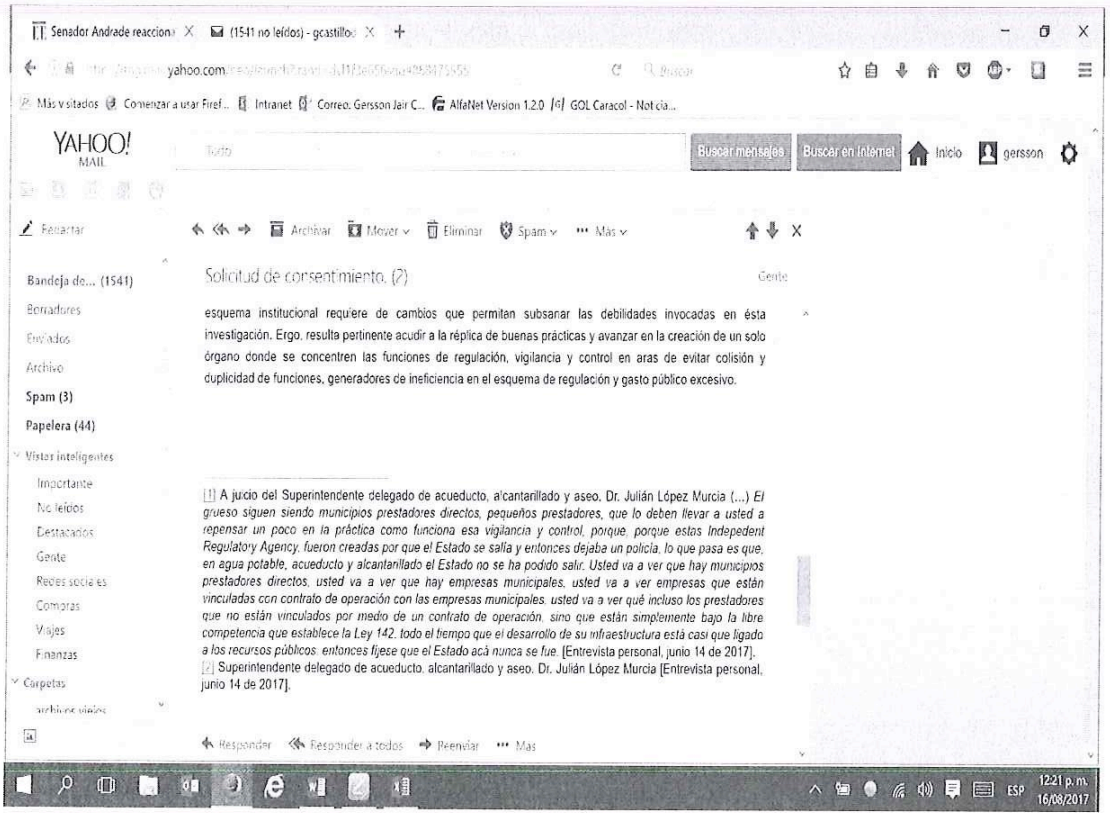
JULIÁN LÓPEZ MURCIA
Superintendente Delegado para Acueducto, Alcantarillado y Aseo
sspd@superservicios.gov.co
(julian.lopezm@yahoo.com)

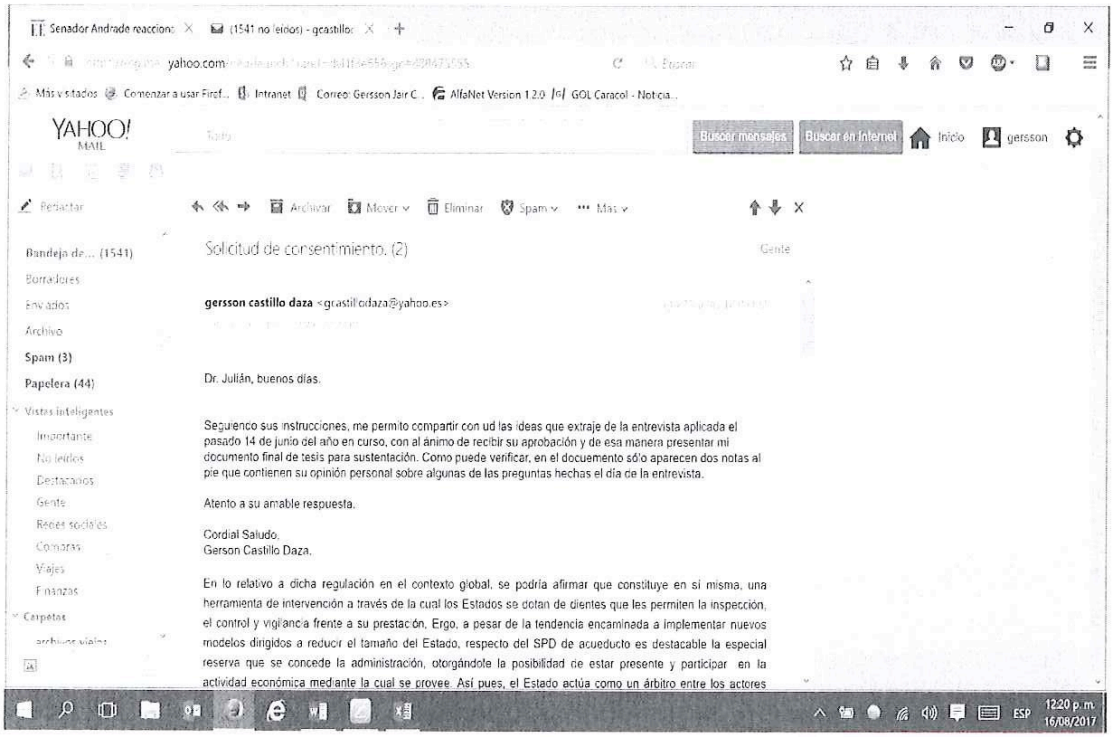
Con estas dos condiciones, doy mi consentimiento.
JLOCM

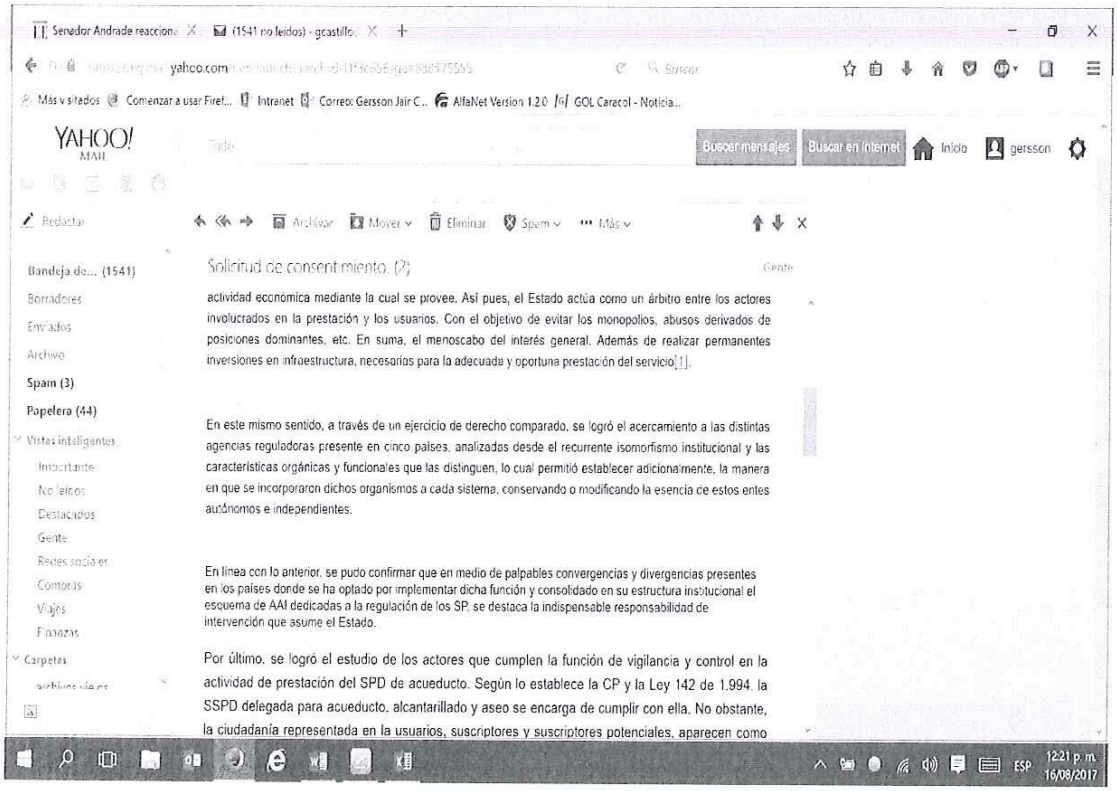

Senador Andrade reacciona
(1541 no leidos) - gcastillo
yahoo.com
Más visitados
Comenzar a usar Firef...
Intranet
Correo: Gersson Jair C...
AlfaNet Version 1.2.0
GOL Caracol - Noticia...
YAHOO! MAIL
Buscar mensajes
Buscar en Internet
Inicio
gersson
Redactar
Archivar
Mover
Eliminar
Spam
Más
Bandeja de... (1541)
Borradores
Enviados
Archivo
Spam (3)
Papelera (44)
Vistas inteligentes
Importante
No leídos
Destacados
Gente
Redes sociales
Compras
Viajes
Finanzas
Carpetas
Solicitud de consentimiento. (2)
Gente
Superintendente delegado de acueducto, alcantarillado y aseo. Dr. Julián López Murcia [Entrevista personal, junio 14 de 2017].
Responder
Responder a todos
Reenviar
Más
julian lopez <julianlopezm@yahoo.com>
Estimado Gersson, estoy de acuerdo con las citas. Muchos éxitos.
Cordial saludo,
Julián
Julián Daniel López Murcia
@JulianLopezM
ESP
12:22 p. m.
16/08/2017


Senador Andrade reacciona
(1541 no leidos) - gcastillo
yahoo.com
Más visitados
Comenzar a usar Firef...
Intranet
Correo: Gersson Jair C...
AlfaNet Version 1.2.0
GOL Caracol - Noticia...
YAHOO! MAIL
Buscar mensajes
Buscar en Internet
Inicio
gersson
Redactar
Archivar
Mover
Eliminar
Spam
Más
Bandeja de... (1541)
Borradores
Enviados
Archivo
Spam (3)
Papelera (44)
Vistas inteligentes
Importante
No leídos
Destacados
Gente
Redes sociales
Compras
Viajes
Finanzas
Carpetas
Solicitud de consentimiento. (3)
Gente
Responder
Responder a todos
Reenviar
Más
gersson castillo daza <gcastillodaza@yahoo.es>
Dr. Julián:
Acuso recibido.
Slds.
Gerson Castillo
ESP
12:23 p. m.
16/08/2017


Senador Andrade reaccion
(1541 no leídos) - gcastillo
yahoo.com
Más visitados
Comenzar a usar Firef...
Intranet
Correo: Gersson Jair C...
AlfaNet Version 1.2.0
GOL Caracol - Noticia...
YAHOO! MAIL
Buscar mensajes
Buscar en Internet
Inicio
gersson
Redactar
Archivar
Mover
Eliminar
Spam
Más
Bandeja de... (1541)
Borradores
Enviados
Archivo
Spam (3)
Papelera (44)
Vistas inteligentes
Importante
No leídos
Destacados
Gente
Redes sociales
Compras
Viajes
Finanzas
Carpetas
Solicitud de consentimiento. (2)
Gente
la ciudadanía representada en la usuarios, suscriptores y suscriptores potenciales, aparecen como un segundo actor con igual grado de importancia que la misma superintendencia.
Esto llevó al análisis de las herramientas con que cuentan estos dos actores para cumplir dicha función, determinando para el primer caso el urgente e indispensable fortalecimiento técnico y presupuestal, teniendo en cuenta que el fondo empresarial que financia a la SSPD delegada en esta materia, es de apenas 150.000 millones de pesos, situación que representa un gran obstáculo al momento de impartir medidas sancionatorias tales como la intervención de una empresa prestadora y para el segundo caso la realidad es similar, si bien es cierto que existen muchos ciudadanos que hacen la tarea con reconocido patriotismo y empeño en el seno de los comités de Desarrollo y Control Social, es necesario brindarles más herramientas económicas logísticas y técnicas para que puedan ejercer su labor, con el objetivo de plantear una situación más par con las empresas[2].
Todo esto permite concluir que, el marco regulatorio del SPD de acueducto en Colombia es eficiente en términos relativos, de igual manera, no se cuenta con una CRA autónoma e independiente, situación que deriva en serias distorsiones contenidas en las disposiciones regulatorias emanadas por éste órgano. En consecuencia, el esquema institucional requiere de cambios que permitan subsanar las debilidades invocadas en ésta
ESP
12:21 p. m.
16/08/2017


Senador Andrade reaccion
(1541 no leídos) - gcastillo
yahoo.com
Más visitados
Comenzar a usar Firef...
Intranet
Correo: Gersson Jair C...
AlfaNet Version 1.2.0
GOL Caracol - Not cia...
YAHOO! MAIL
Buscar mensajes
Buscar en Internet
Inicio
gersson
Redactar
Archivar
Mover
Eliminar
Spam
Más
Bandeja de... (1541)
Borradores
Enviados
Archivo
Spam (3)
Papelera (44)
Vistas inteligentes
Importante
No leídos
Destacados
Gente
Redes sociales
Compras
Viajes
Finanzas
Carpetas
Solicitud de consentimiento. (2)
Gente
esquema institucional requiere de cambios que permitan subsanar las debilidades invocadas en ésta investigación. Ergo, resulta pertinente acudir a la réplica de buenas prácticas y avanzar en la creación de un solo órgano donde se concentren las funciones de regulación, vigilancia y control en aras de evitar colisión y duplicidad de funciones, generadores de ineficiencia en el esquema de regulación y gasto público excesivo.
[1] A juicio del Superintendente delegado de acueducto, alcantarillado y aseo, Dr. Julián López Murcia (...) El grueso siguen siendo municipios prestadores directos, pequeños prestadores, que lo deben llevar a usted a repensar un poco en la práctica como funciona esa vigilancia y control, porque, porque estas Indepedent Regulatory Agency, fueron creadas por que el Estado se salía y entonces dejaba un policía, lo que pasa es que, en agua potable, acueducto y alcantarillado el Estado no se ha podido salir. Usted va a ver que hay municipios prestadores directos, usted va a ver que hay empresas municipales, usted va a ver empresas que están vinculadas con contrato de operación con las empresas municipales, usted va a ver qué incluso los prestadores que no están vinculados por medio de un contrato de operación, sino que están simplemente bajo la libre competencia que establece la Ley 142, todo el tiempo que el desarrollo de su infraestructura está casi que ligado a los recursos públicos, entonces fíjese que el Estado acá nunca se fue. [Entrevista personal, junio 14 de 2017].
[2] Superintendente delegado de acueducto, alcantarillado y aseo, Dr. Julián López Murcia [Entrevista personal, junio 14 de 2017].
Responder
Responder a todos
Reenviar
Más
ESP
12:21 p. m.
16/08/2017


Senador Andrade reaccione
(1541 no leídos) - gcastillo
yahoo.com
Más visitados
Comenzar a usar Firef...
Intranet
Correo Gersson Jair C...
AlfaNet Version 1.2.0
GOL Caracol - Noticia...
YAHOO! MAIL
Buscar mensajes
Buscar en Internet
Inicio
gersson
Redactar
Archivar
Mover
Eliminar
Spam
Más
Bandeja de... (1541)
Borradores
Enviados
Archivo
Spam (3)
Papelera (44)
Vistas inteligentes
Importante
No leídos
Destacados
Gente
Redes sociales
Compras
Viajes
Finanzas
Carpetas
Solicitud de consentimiento. (2)
Gente
gersson castillo daza <grastillodaza@yahoo.es>
Dr. Julián, buenos días.
Seguiendo sus instrucciones, me permito compartir con ud las ideas que extraje de la entrevista aplicada el pasado 14 de junio del año en curso, con al ánimo de recibir su aprobación y de esa manera presentar mi documento final de tesis para sustentación. Como puede verificar, en el documento sólo aparecen dos notas al pie que contienen su opinión personal sobre algunas de las preguntas hechas el día de la entrevista.
Atento a su amable respuesta.
Cordial Saludo.
Gerson Castillo Daza.
En lo relativo a dicha regulación en el contexto global, se podría afirmar que constituye en sí misma, una herramienta de intervención a través de la cual los Estados se dotan de dientes que les permiten la inspección, el control y vigilancia frente a su prestación. Ergo, a pesar de la tendencia encaminada a implementar nuevos modelos dirigidos a reducir el tamaño del Estado, respecto del SPD de acueducto es destacable la especial reserva que se concede la administración, otorgándole la posibilidad de estar presente y participar en la actividad económica mediante la cual se provee. Así pues, el Estado actúa como un árbitro entre los actores
ESP
12:20 p. m.
16/08/2017


Senador Andrade reaccione
(1541 no leídos) - gcastillo
yahoo.com
Más visitados
Comenzar a usar Firef...
Intranet
Correo Gersson Jair C...
AlfaNet Version 1.2.0
GOL Caracol - Noticia...
YAHOO! MAIL
Buscar mensajes
Buscar en Internet
Inicio
gersson
Redactar
Archivar
Mover
Eliminar
Spam
Más
Bandeja de... (1541)
Borradores
Enviados
Archivo
Spam (3)
Papelera (44)
Vistas inteligentes
Importante
No leídos
Destacados
Gente
Redes sociales
Compras
Viajes
Finanzas
Carpetas
Solicitud de consentimiento. (2)
Gente
actividad económica mediante la cual se provee. Así pues, el Estado actúa como un árbitro entre los actores involucrados en la prestación y los usuarios. Con el objetivo de evitar los monopolios, abusos derivados de posiciones dominantes, etc. En suma, el menoscabo del interés general. Además de realizar permanentes inversiones en infraestructura, necesarias para la adecuada y oportuna prestación del servicio[1].
En este mismo sentido, a través de un ejercicio de derecho comparado, se logró el acercamiento a las distintas agencias reguladoras presente en cinco países, analizadas desde el recurrente isomorfismo institucional y las características orgánicas y funcionales que las distinguen, lo cual permitió establecer adicionalmente, la manera en que se incorporaron dichos organismos a cada sistema, conservando o modificando la esencia de estos entes autónomos e independientes.
En línea con lo anterior, se pudo confirmar que en medio de palpables convergencias y divergencias presentes en los países donde se ha optado por implementar dicha función y consolidado en su estructura institucional el esquema de AAI dedicadas a la regulación de los SP, se destaca la indispensable responsabilidad de intervención que asume el Estado.
Por último, se logró el estudio de los actores que cumplen la función de vigilancia y control en la actividad de prestación del SPD de acueducto. Según lo establece la CP y la Ley 142 de 1.994, la SSPD delegada para acueducto, alcantarillado y aseo se encarga de cumplir con ella. No obstante, la ciudadanía representada en la usuarios, suscriptores y suscriptores potenciales, aparecen como
ESP
12:21 p. m.
16/08/2017

FECHA DE LA ENTREVISTA: 14 de junio de 2.017

OBJETIVO DE LA ENTREVISTA: servir como instrumento para la identificación de concepciones y perspectivas acerca del servicio público de acueducto, en su relación con el Estado Social de Derecho, el marco jurídico aplicable, la teoría de regulación de los servicios públicos domiciliarios y la Institución y Estado.

OBJETIVO GENERAL DE LA INVESTIGACIÓN: estudiar el desarrollo que ha presentado la regulación del servicio público domiciliario de acueducto en Colombia, a partir de la Constitución de 1991.

NOTA: los resultados de la presente entrevista y su respectivo análisis harán parte fundamental de una investigación y tiene un carácter exclusivamente académico.

A continuación, se realizará una serie de interrogantes, ante los cuales se le invita a dar respuesta en la medida de sus convicciones.

*Las preguntas aplicadas al experto referenciado son aquellas cuyo ítem se encuentra sombreado.

Tabla 8. Preguntas Entrevista Dr. Julián López Murcia.

Ítem No.	PREGUNTAS
	Categoría 1- Estado Social de Derecho
1	¿Cuál era el contexto socioeconómico en que se encontraba el país en materia de prestación y cobertura de los servicios públicos domiciliarios, antes de la Constituyente de 1991?
2	¿Cuál cree que fue el mayor logro del Constituyente de 1991 en materia de servicios públicos domiciliarios?
3	¿Cuáles eran las condiciones económicas, políticas y sociales en las que se encontraba el país en 1991, que llevaron a cambiar el modelo de un Estado prestador a un Estado regulador en materia de servicios públicos domiciliarios?
4	Según su experiencia y en el marco colombiano, ¿considera usted que las normas de regulación de servicios públicos domiciliarios contribuyen con el cumplimiento de los fines esenciales del Estado Social de Derecho? ¿Por qué?
5	En materia de servicios públicos domiciliarios, ¿cómo articula correlaciona el "principio de solidaridad" con la prestación, teniendo en cuenta que este principio es un fundamento propio del ordenamiento jurídico colombiano?
6	A partir de la comprensión que usted tiene del modelo de servicios públicos domiciliarios en Colombia (Constitución Política), ¿cuál cree que fue en, su momento, la intención del

Ítem No.	PREGUNTAS
	Constituyente de 1991 frente a los servicios públicos domiciliarios? ¿Dicho propósito se cumplió luego de 25 años de vigencia de la C.P.? ¿Por qué?
	Categoría 2- Marco Jurídico de los Servicios Públicos Domiciliarios
7	Desde el sentido de los derechos que tienen los ciudadanos a unos servicios públicos de calidad, ¿considera que el régimen jurídico aplicable a los actos y hechos de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios en Colombia, garantiza la disponibilidad y continuidad de la prestación de los mismos?
8	En cuanto a la prestación del servicio público domiciliario de acueducto, ¿considera usted que la reglamentación existente (Ley 142 de 1994 y las Resoluciones reglamentarias) son eficaces?
	Categoría 3- Teoría de la Regulación del Servicio Público Domiciliario de Acueducto
9	¿De qué manera el Gobierno Nacional interviene en la estructuración de la metodología tarifaria para el servicio público domiciliario de acueducto?
10	¿Qué opinión le merece el cambio del modelo de Estado prestador a Estado regulador, en materia de servicios públicos, y que ajustes le haría?
	Categoría 4- Institución y Estado
11	Desde su experiencia, ¿considera pertinente el vínculo que tiene la Comisión de Regulación de Agua Potable y Alcantarillado con la Rama Ejecutiva del Poder Público? ¿Considera que podría existir otro tipo de vínculo u otro escenario? ¿Por qué?
12	Atendiendo la manera en que funciona el mecanismo de los subsidios en Colombia en cuanto a la prestación del servicio de agua potable, ¿considera que las Instituciones de inspección, vigilancia y control cuentan con las herramientas para garantizar el derecho de los usuarios al mínimo vital de agua potable y de esta manera contribuir al mejoramiento de la calidad de vida? ¿Por qué?
13	¿Cuáles son los actores del sector, y qué función desempeñan en la vigilancia y control del servicio público domiciliario de acueducto? ¿Podría de alguna manera y en forma muy resumida enunciar cada una de las funciones de vigilancia y control?
14	¿Qué papel juegan, los usuarios, suscriptores o suscriptores potenciales, en el marco del concepto de participación ciudadana y democracia participativa?
15	¿Considera que hay una descoordinación entre los actores, léase Ministerios, CRA, ¿Superintendencia, alcaldes?
16	Como Superintendente Delegado para el ramo, ¿qué mecanismos de control y vigilancia del servicio público domiciliario de acueducto identifica? Y a su juicio ¿cuál es la importancia de los mismos?
17	En su criterio y de acuerdo con el modelo colombiano, ¿considera que los mecanismos de inspección, vigilancia y control a la prestación del servicio público domiciliario de acueducto, garantizan el derecho que tiene la población a recibir un servicio que le aporte al mejoramiento de su calidad de vida? ¿Por qué?
18	¿Considera usted que el modelo regulatorio actual en Colombia debe ser revaluado o modificado para crear un solo organismo donde se concentran las funciones de control, vigilancia y regulación del servicio público domiciliario de acueducto, teniendo como referencia el modelo británico?
	Categoría 5- Regulación del servicio público domiciliario de acueducto en el contexto global
19	¿Cuál es el sistema regulatorio en general y el marco regulatorio aplicable al servicio público de acueducto en Chile?
20	Teniendo en cuenta que la prestación del servicio de Agua en Chile está a cargo de los

Ítem No.	PREGUNTAS
	particulares bajo la regulación, vigilancia y control del Estado, ¿en qué consiste la regulación que hace el Estado Chileno a la prestación del servicio público de agua a los usuarios? ¿A través de qué entidad (s) u órgano (s) vigila, controla y regula su prestación?

Transcripción de la entrevista.

GCD: ¿Cuáles son los actores y que función desempeñan y la función de vigilancia y control del SPD de acueducto en Colombia?

R/ No. Son varios actores, en primer lugar está el Presidente de la República que ejerce esa función a través de la Superintendencia, también participa de alguna manera la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, digamos usted va a ver que hay muchas funciones que se cruzan entre la CRA y la Superservicios y esto es porque a nivel mundial estas funciones de regulación y supervisión usualmente están en solo, en una sola agencia reguladora independiente, entonces por ejemplo en Inglaterra Off Water tiene ambas funciones, además usted va a ver temas del Ministerio de Vivienda, del Ministerio de Ambiente, de las CAR y por supuesto de la Corte Constitucional, entonces usted tiene que entender acá el tema de regulación y supervisión desde un punto de vista más allá de simplemente la formalidad legal, entonces yo le recomendaría por ejemplo ver un libro que se llama regulatory … yo cito la mayoría de ésta literatura en un paper que me publicaron en Alemania donde explico todos los actores que están en Colombia y cual es como su rol, se llama, está publicado en el jornal politics in Latinoamérica y el paper se llama como, algo así como regulatory state in de global south y básicamente el centro del paper es el dialogo entre la Comisión de Regulación de Agua o la falta de dialogo entre la Comisión de Regulación de Agua y la Corte Constitucional, pero allí usted va a ver que yo enuncio todos los actores que participan en esa función en el Estado colombiano.

GCD: ¿La función de vigilancia y control, podría de alguna manera y en forma muy resumida enunciar cada una de ellas?

R/ Si, la verdad es que usted va a ver muchas mixturas. En primer lugar, usted va ver a ver que por ejemplo en la CRA confluyen todos los actores entonces usted casi que

terminaría metiendo al DNP por ejemplo, entonces usted va a ver que en la CRA está en Ministerio de Vivienda, está el DNP, está el Ministerio de Salud, estamos nosotros con voz pero sin voto y allí se controla por ejemplo el tema de establecimiento o no de áreas de servicio exclusivo, digamos que sería una labor por medio de la cual usted está vigilando y controlando la forma como se presta el servicio, también la CRA tiene funciones casi que de decisión y de fusión de prestadores, ahora usted tiene que evaluar la posibilidad de ejercer esas funciones con la capacidad real de cada institución, usted tiene que ver el tamaño de cada entidad, tiene que ver el perfil técnico de cada entidad y eso le puede dar una idea de la situación. La Superintendencia tiene, es la única Superintendencia que está en la constitución, las funciones de vigilancia y control básicamente están enfocadas dentro de una perspectiva particular, que ahora fueron reforzadas por el Congreso de la República, en el Plan Nacional de Desarrollo, con lo cual se elevó la posibilidad de multa de 2.000 a 100.000 SMLV que eso ahora está en riesgo porque fue demandado por una ciudadana, por en verdad eso fue digamos una preocupación muy grande que tenía ANDESCO, fue demando ante la Corte Constitucional ese artículo, entonces puede ser que con esa disminución en los topes se afecte de manera dramática la posibilidad real de la Superintendencia para ejercer esa vigilancia y control, porque imagínese usted cómo le va a cambiar el comportamiento a un actor de, por ejemplo del mercado de energía, hay ahí pocos grandes pero imagínese el mercado de energía con unas multas de 1.500 millones de pesos, eso no es nada. Acá serían muy pocas las empresas para las que eso no sería nada digamos, muy poquitas, porque acá el grueso sigue siendo municipios prestadores directos, pequeños prestadores, que lo deben llevar a usted a repensar un poco en la práctica como funciona esa vigilancia y control, porque, porque estas Indepedent Regulatory Agency, fueron creadas por que el Estado se salía y entonces dejaba un policía, lo que pasa es que, en agua potable, acueducto y alcantarillado el Estado no se ha podido salir. Usted va a ver que hay municipios prestadores directos, usted va a ver que hay empresas municipales, usted va a ver empresas que están vinculadas con contrato de operación con las empresas municipales, usted va a ver qué incluso los prestadores que no están vinculados por medio de un contrato de operación, sino que están simplemente bajo la libre competencia que establece la Ley 142, todo el tiempo que el desarrollo de su infraestructura está casi que ligado a los recursos públicos, entonces fíjese que el Estado acá nunca se fue, entonces la función que nosotros tenemos, la que yo ejerzo en éste momento es muy extraña, pareciera más, se termina pareciendo mucho a las funciones del Ministerio, aquí yo no estoy lidiando con empresarios, si hay empresas, pero no empresarios como usted lo puede ver en el

sentido de energía, aquí hay empresarios que dicen que sí, yo estoy prestando el servicio pero si quieren que yo mejore la inversión la tiene que hacer el Estado, esa es la Superservicios. El Ministerio también ejerce unas funciones de acompañamiento pero en la medida, yo le estoy hablando el práctica, yo soy abogado, pero además yo hice mi doctorado más en temas de Gobierno y de temas políticos, entonces el tema en la práctica es diferente porque si el Ministerio es el que provee los recursos pues de alguna manera también puede controlar y modificar el comportamiento de los actores, porque el Ministerio puede decir mire si usted no es juicioso en hacer las tareas que le corresponden para la operación de un acueducto yo no le doy más plata. ¿Eso es vigilancia y control?, para mí sí! Usted está viendo que es lo que hace un prestador, usted lo está evaluando frente a unos parámetros y hay una consecuencia y es que ahora no le doy plata. ¿Si me hago entender? Si usted ve el tema un poquito más allá del inciso, que es un poco el defecto que tiene la mayoría de estudios de servicios públicos por parte de abogados en el país, va a darse cuenta de eso, que hay muy poquitos libros buenos en el país, no alcanzan a ser cinco de los que se producen en el país, ese es el inciso, es la bobada, eso no es muy útil en la práctica. Bueno el DNP, tiene una voz muy fuerte en la CRA, nosotros estamos adscritos al DNP entonces así el DNP no ejerza un control directo sobre nosotros formal, la verdad es que técnicamente nosotros estamos muy alineados con el DNP, por ejemplo si el DNP está promoviendo temas de economía circular, en el tema de aseo, pues nosotros no podemos ejercer la vigilancia apartándonos de ese paradigma de economía circular, entonces fíjese que aquí hay muchos actores que terminan teniendo incidencia, las CAR por ejemplo, las CAR terminan, porque esa distinción entre lo ambiental y lo de servicios públicos en la práctica se vuelve completamente gris, ósea un relleno sanitario, entonces, tener las vías, usted es solo acueducto o también aseo, solo acueducto, entonces las CAR se meten con el tema de fuentes hídricas entonces si usted empieza a ver eso parcelado, no lo va a entender. Están también necesariamente las autoridades municipales, son también llamadas como garantes de la prestación del servicio de alguna manera a vigilar y controlar a quienes presten los servicios.

GCD: ¿Qué papel juegan, los usuarios, suscriptores o suscriptores potenciales, en el marco del concepto de participación ciudadana y democracia participativa?

R/ Tienen un papel fundamental, porque usted puede controlar las cosas de distintas maneras, usted puede controlarlas a través de una visión jerárquica, es decir de

autoridades de normas y de expertos, que de los que hemos venido hablando, usted puede hacerlos a través de mecanismos individualistas o de mercado, usted puede hacerlo a través de medidas aleatorias y posteriores, usted puede hacerlos a través de medidas igualitarias, que es donde está lo que usted está diciendo, que es las comunidades y es lo que usted dice, que mejor para vigilar como está operando el prestador que la misma comunidad, esos comités son muy importantes y hay personas muy comprometidas en el país, digamos, personas que sin tener los recursos que necesitarían para hacer su tarea lo hacen con mucho patriotismo con mucho empeño, eso me parece muy importante, sobre todo en las empresas públicas, que usted sabe que la constitución mismas le asigna unos derechos muy especiales, pero creo que faltaría que se les brinden más herramientas económicas y logísticas y técnicas para que puedan ejercer su labor, digamos en una situación un poquito más par con las empresas.

GCD: ¿Cómo Superintendente Delegado, qué mecanismos de control y vigilancia del servicio público domiciliario de acueducto identifica y a su juicio, cual es la importancia de los mismo? Ya no actores, sino mecanismos.

R/ Los que les mencionaba ahorita, unos mecanismos jerárquicos, que son los de las autoridades, unos mecanismos de mercados que son cuando usted tiene la posibilidad por ejemplo de retirar de una empresa de aseo para irse a otra, ósea la parte de información y decisión, unos mecanismos igualitarios que acabamos de mencionar y unos mecanismos si quiere más fatalistas que son posteriores y aleatorios. Ahora, en cuento a los nuestros que se ejercen ahora, los que más conoce la gente, la toma de intervención, cuando una empresa está en una situación realmente critica, pero usted tiene que analizar esto en términos relativos, porque si por ejemplo uno analizara al pie de la letra la Ley 142 muchísimas empresas en el país encuadrarían para toma de intervención, sin embargo, la capacidad de la Superintendencia y el Gobierno no es suficiente, el fondo empresarial que financia todo esto es de 150. 000 millones de pesos, entonces imagínese de donde va a salir plata para que cada vez que el Congreso nos cita y nos dice, tome intervención, pues eso no es, aquí nosotros estamos vigilando solo en acueducto 3.000 mil prestadores registrados y 12. 000 mil sin registrar, calcule que cada vez que alguien diga tome intervención, es una herramienta que es una suerte de quimioterapia, eso es muy fuerte, no se puede utilizar con todo el mundo, ahorita hay uno que estamos utilizando de manera muy importante que son los programas de gestión, que se pueden acordar o se pueden imponer, también estamos preocupados, porque la demanda que

presentaron contra el artículo del Plan de Desarrollo, que elevó la multa de 2.000 a 100.000 el concepto de la procuraduría dijo que esa norma se debía caer por unidad de materia, imagínese, si se cae por unidad de materia esa, también se caen los programas de gestión, hace poco acordamos un programa de gestión con Endupar en Valledupar, pero entonces si nos quitan las multas y nos quitan los programas de gestión, entonces no hay de donde, esa es un poco la situación en la que estamos ahora. También hay otras herramientas, nosotros cuando hay un municipio prestador directo, podemos investigar y sancionar alcaldes, nosotros podemos investigar y sancionar administradores, nosotros podemos hacer muchas cosas, lo que usted tiene que distinguir, son las multas y el trabajo que hacemos con los pequeños prestadores, que no es ir allá con el batazo a pegarles con el bolillo, sino más acompañarlos. Entre otras, no solo existen las multas, nosotros también podemos imponer prohibiciones, es decirle a un prestador, usted no puede prestar en ningún lugar del país. Ahora, usted con esas cosas, en un sector que sigue siendo tan precario en términos empresariales, usted puede que no solucione nada, entonces en su Departamento yo le puedo meter en teoría 400 millones de multa a un municipio, eso es alto para un municipio, por ejemplo, en Dibulla, en Dibulla hace poco salió una investigación con 10 cargos, pero ¿con eso yo soluciono de los servicios en Dibulla? Ahora, si fuera un empresario que yo lo castigo y cambia su comportamiento o se va y llega otro, el instrumento es válido, pero si es un prestador de un municipio que no hace las cosas bien y yo le pongo esa multa, pues yo lo hago y cumplo mi función además porque si no lo hago yo me gano un problema, pero no soluciono el problema, después del recurso, usted puede interponer reposición y después naturalmente usted puede ir ante el contencioso administrativo.

GCD: ¿En su criterio y de acuerdo al modelo colombiano, considera que los mecanismos de inspección, vigilancia y control a la prestación del SPD de acueducto garantizan el derecho que tiene la población al recibir un servicio que le aporte al mejoramiento de su calidad de vida? ¿Por qué?

R/ Es lo que le decía, estos instrumentos por diseño, son útiles para ese propósito, si quiere son necesarios, pero no son suficientes, el ejemplo de Dibulla le responde su pregunta, es necesario que haya alguien que vigile como se prestan los servicios en Dibulla, pero con sanciones al prestador o hipotéticamente a los administradores, o hipotéticamente al alcalde. Con eso, si usted se queda en eso no va a solucionar o

garantizar esos derechos de los ciudadanos de Dibulla a tener un adecuado servicio, entonces usted tiene que entender que aquí hay que coordinar al Ministerio para que de recursos, hay que coordinar con el Alcalde, porque es quién está en el municipio, los Alcaldes son fundamentales para que en un municipio haya mejoría en los servicios públicos, si usted desde el Gobierno Nacional va a ser todo, pero si el Alcalde no está compaginado, va a terminar con un montón de infraestructura que nadie usa o que se deteriora en muy poco tiempo. Entonces nosotros, inspección y vigilancia pues, es una partecita chiquitica, si esto fuera un mundo empresarial, sería importante, si esto fuera un mundo de empresarios donde usted impone sanciones al uno y llega otro, yo le podría decir que la importancia de nuestra labor es fundamental para esa garantía de derechos del servicio, pero en un esquema donde no es así empresarial, es apenas una partecita.

GCD: ¿Considera que hay una descoordinación entre los actores, léase Ministerios, CRA, ¿Superintendencia, alcaldes?

R/ A veces si se logra que hay coordinación, Santa Marta es un caso reciente en el que hubo buena coordinación. Santa Marta tenían problema con un prestador privado que era Metroagua, a nosotros la verdad el debate entre ellos no nos interesa, nosotros no nos metemos en las disputas contractuales, sino, simplemente que no se interrumpiera el servicio y el contrato con Metroagua, terminaba en Semana Santa preciso, por que digo que hubo coordinación, porque las recomendaciones que le hicimos al Alcalde él las siguió al pie de la letra y no hubo interrupción del servicio, le dijimos, Sr. Alcalde usted tiene que estar preparado con carro tanques en caso en que haya una emergencia y el gestionó los carro tanques, le dijimos que debía tener listos los aparatos que limpian los alcantarillados y él los consiguió, Sr. Alcalde usted necesita proteger la infraestructura con policía, entonces allí hubo una gran coordinación. Aquí otro actor muy importante es la procuraduría. Entonces, a veces si hay coordinación y a veces no, el tema es muy contingente, puede darse simplemente porque un Alcalde tiene la voluntad de hacer las cosas bien entonces él hace las cosas, o puede ser que el Alcalde tenga otros intereses, o puede ser que el Gobierno Nacional haya otros intereses, mejor dicho, aquí la idea no es decir que la culpa es de los Alcaldes, ellos tienen muchas tareas en Colombia y una distribución muy extraña de autonomías, entonces eso no le permite a usted trasparentemente saber quién es el culpable de.

GCD: Gracias Dr.