



EL MODELO DEL SERVICIO PÚBLICO DE ACUEDUCTO EN COLOMBIA

POR JULIE RIVERA PEÑA

TUTOR: HUGO ALEJANDRO SÁNCHEZ HERNÁNDEZ

UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS

FACULTAD DE DERECHO

MAESTRÍA EN DERECHO PÚBLICO

INTRODUCCIÓN.....	6
-------------------	---

PARTE I.

**EL MODELO DE PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS:
UN MODELO HÍBRIDO**

.....	12
-------	----

CAPÍTULO I. LOS FUNDAMENTOS DEL MODELO DE PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN COLOMBIA.	13
--	----

1.1 EL DOBLE PAPEL CONSTITUCIONAL DEL ESTADO: SOCIAL Y ECONÓMICO.	13
--	----

1.1.1 COLOMBIA ES UN ESTADO SOCIAL DE DERECHO.	13
---	----

1.1.1.1 ORIGEN DEL CONCEPTO DE <i>ESTADO SOCIAL DE DERECHO</i>.	13
--	----

1.1.1.2. CONCEPTO DE <i>ESTADO SOCIAL DE DERECHO</i> EN LA CONSTITUCIÓN COLOMBIANA. .15
--

1.1.2. UN PAPEL ECONÓMICO: ENTRE PROTECCIÓN Y REGULACIÓN DEL MERCADO.	18
--	----

1.1.2.1. LAS GARANTÍAS ECONÓMICAS CONSTITUCIONALES.	18
--	----

1.1.2.2. EL NUEVO PAPEL DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA: REGULACIÓN Y CONTROL DE LOS PRESTADORES.	20
--	----

1.2 UNA CONSTITUCIÓN CONCILIADORA: ENTRE EFICIENCIA ECONÓMICA Y BIENESTAR SOCIAL. . .	23
--	----

1.2.1. LA CONCILIACIÓN TEÓRICA DE LA IDEOLOGÍA NEOLIBERAL: INSPIRACIÓN DEL MODELO DE PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS.	23
---	----

1.2.1.1. LOS BENEFICIOS DE LA LIBERALIZACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS.	23
--	----

1.2.1.2. UNA TEORÍA ECONÓMICA QUE DEFINE EL PAPEL DEL ESTADO.	25
--	----

1.2.2. LA CONCILIACIÓN MATERIAL DE LA CONSTITUCIÓN Y LA LEY 142/94: ENTRE EFICIENCIA ECONÓMICA Y BIENESTAR SOCIAL	29
--	----

1.2.2.1. LIMITACIONES CONSTITUCIONALES DE LA LIBERTAD ECONÓMICA: PARA SU ARMONIZACIÓN CON LOS INTERESES DE LA SOCIEDAD.	29
--	----

1.2.2.2. UNA INTERVENCIÓN ESTATAL NACIDA DE LAS LIMITACIONES A LA LIBERTAD ECONÓMICA, ELEVADA HACIA EL BIEN COMÚN.	32
--	----

CAPÍTULO II. EMANACIONES JURÍDICAS DEL MODELO DE PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS: EL RÉGIMEN DE LA LEY 142 DE 1994. 36

2.1 UN MODELO EMPRESARIAL DE PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS POR OPERADORES EN COMPETENCIA	36
---	----

2.1.1. IGUALDAD ENTRE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS	36
---	----

2.1.2. LA EXCEPCIÓN DE LA INTERVENCIÓN ESTATAL EN LA PRESTACIÓN DE LOS SPD.	39
---	----

2.2 INSTRUMENTOS DE LA INTERVENCIÓN ESTATAL EN LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS.	42
---	----

2.2.1. LA REGULACIÓN POR LAS COMISIONES DE REGULACIÓN.	42
--	----

2.2.1.1. LA NATURALEZA DE LAS COMISIONES DE REGULACIÓN.	42
---	----

2.2.1.2. LAS COMPETENCIAS DE LAS COMISIONES DE REGULACIÓN.	44
--	----

2.2.2. CONTROL, INSPECCIÓN Y VIGILANCIA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS POR LA SSPD	47
---	----

PARTE II.

LA REALIDAD DEL SERVICIO PÚBLICO DE ACUEDUCTO EN COLOMBIA

.	52
-----------	----

CAPÍTULO III. SITUACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE ACUEDUCTO EN COLOMBIA: ESBOZO DE UNA CONFLICTIVIDAD HÍDRICA. 53

3.1 UN ACCESO DESIGUAL AL SERVICIO DE ACUEDUCTO	53
---	----

3.1.1. UNA BRECHA DE INIQUIDAD ENTRE EL RURAL Y EL URBANO	53
---	----

3.1.2. UNA BRECHA DE INIQUIDAD ENTRE LAS PERSONAS CON MAYOR Y MENOR CAPACIDAD DE PAGO	56
3.1.2.1. CONSTATACIÓN DE LA RELACIÓN ENTRE POBREZA Y DIFICULTAD DE ACCESO AL SERVICIO DE ACUEDUCTO.....	56
3.1.2.2. LA INIQUIDAD: UNA VARIABLE IGNORADA DEL MERCADO	59
3.2 UNA CALIDAD Y UNA EFICIENCIA DEL SERVICIO DE ACUEDUCTO CUESTIONABLES	60
3.2.1. UN AGUA DE CALIDAD PREOCUPANTE PARA CIERTAS POBLACIONES	60
3.2.1.1. UN AGUA DE CALIDAD DESIGUAL AL NIVEL NACIONAL	60
3.2.1.2. BRECHAS DE INIQUIDAD CON RESPECTO A LA CALIDAD DEL AGUA	62
3.2.2. DEFICIENCIAS TÉCNICAS EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIOS PÚBLICOS DE ACUEDUCTO ..	64
CAPÍTULO IV : LOS FALLOS DEL MODELO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS DE ACUEDUCTO.....	68
4.1 LOS FALLOS COYUNTURALES DEL MODELO	68
4.1.1. EL MONOPOLIO DE LOS PRESTADORES Y LOS ABUSOS DE POSICIÓN DOMINANTE.....	68
4.1.2. DIFICULTADES INHERENTES A LA CONSTITUCIÓN DE UN MERCADO DEL AGUA.....	71
4.2 LOS FALLOS JURÍDICOS DEL MODELO DE PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS	74
4.2.1 LA FALTA DE HERRAMIENTAS JURÍDICAS Y FINANCIERAS DE LOS MUNICIPIOS PARA PRESTAR Y GARANTIZAR EL SERVICIO PÚBLICO DE ACUEDUCTO	74
4.2.2 LA FALTA DE HERRAMIENTAS PARA UNA REGULACIÓN EFICIENTE Y OBJETIVA	77
4.2.2.1 EXISTENCIA DE ASIMETRÍA DE INFORMACIONES ENTRE PRESTADORES Y ENTE REGULADOR	78
4.2.2.2. FALLAS ESTRUCTURALES DEL MODELO DE REGULACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS	79

4.2.2.2.1 FALTA DE INDEPENDENCIA ORGÁNICA DE LA CRA.....	79
4.2.2.2.2 FALTA DE INDEPENDENCIA FUNCIONAL DE LA CRA.....	81
CONCLUSIÓN.....	83
BIBLIOGRAFÍA.....	84

INTRODUCCIÓN.

En 2015, la Organización de las Naciones Unidas (ONU) hizo un balance desalentador acerca de la situación del agua en el mundo en el que concluyó que la gestión actual de los recursos hídricos puede conducir a una escasez de agua para, al menos, 25% de la población mundial alrededor de 2050. En cuanto al futuro pesimista del agua, el problema no es la falta de recursos hídricos, sino la gestión actual de este recurso colectivo por los hombres que genera un reparto desigual del recurso, reparto que puede acarrear una escasez importante para las poblaciones más desfavorecidas.

La conclusión de la ONU demuestra que la complejidad de la cuestión del agua es más un problema de gestión racional del recurso, que la carencia del recurso en sí. En efecto, si nos referimos al caso colombiano, las fuentes hídricas del país equivalen al 5% de todos los recursos hídricos mundiales, lo que representa tres veces el promedio de Latinoamérica (IDEAM, 2018, p. 11). No obstante, la gestión actual del agua en Colombia alimenta todavía un debate público con sus resultados ya que se caracteriza por sus usos cuestionables, su contaminación, la vulnerabilidad al desabastecimiento, la variabilidad climática e incluso el cuestionamiento sobre las condiciones de regulación.

La gestión del agua en Colombia se maneja vía el servicio público domiciliario de acueducto que comprende dos dimensiones, la dimensión de actividad de interés general que va a proveer agua a la población y la estructura orgánica que permite esa gestión y que está constituida por un conjunto de organismos y de actores que se encargan de esa actividad o que tienen una cierta responsabilidad en esta. El modelo de servicio público de acueducto colombiano es el fruto de una historia jurídica, política y económica reciente y reveladora.

En efecto, las primeras formas del servicio público de acueducto nacieron de la prestación privada en el siglo XIX por monopolios privados en los centros urbanos. Con el crecimiento poblacional, a lo largo del siglo XX, la satisfacción de las necesidades básicas fue creciendo y los monopolios privados fueron reemplazados por los monopolios públicos con el fin de responder al interés público de satisfacer a las necesidades colectivas. Este modelo de prestación estatal monopolista es característica de la forma jurídica del *Estado de Bienestar* que implementa mecanismos asistencialistas, interviene en la economía de manera directa, asignando recursos públicos dentro de ella, o prestando directamente los servicios públicos. Este *Estado de Bienestar* se mantuvo de 1936 hasta la Constitución actual de 1991 que cambió radicalmente el modelo de prestación de los servicios públicos ya que, a pesar de su progreso en la cobertura de todos los servicios, el modelo estatal entró en una crisis compleja en los años ochenta (NÚÑEZ FORERO, 2017).

En cuanto a las circunstancias económicas, al final de los años ochenta del siglo pasado, la gestión estatal se volvió problemática, específicamente, a causa de la utilización política de los servicios públicos. Efectivamente, se utilizaba la prestación del servicio público como un instrumento político para incrementar los votos, ya que los usuarios se encajaban con la comunidad de electores. Para recuperar el máximo de votos, los políticos que manejaban los servicios públicos, bajaban los precios o regalaban ventajas para que ciertos grupos de la población accedieran al servicio público. Por otra parte, los usuarios aceptaban este funcionamiento porque hacían presión para que los precios bajaran. Y a esto, se puede añadir las intervenciones de los sindicatos, representando a los agentes de las empresas estatales, que querían también más ventajas.

Finalmente, la gestión de los servicios públicos se manejaba a través una lógica clientelista que acarrea una interferencia entre varios intereses que no correspondían al buen manejo de los servicios públicos, ni al bien común. Por esa razón, la situación económica del servicio público de acueducto y de los demás se volvió catastrófica porque no se podía cubrir los costos reales de la prestación con tarifas tan bajas. Este déficit dificultaba la economía nacional y también las posibilidades de mejoramiento de los servicios públicos domiciliarios en términos de cobertura y de calidad, necesarias para el cumplimiento de su finalidad social.

Esa experiencia nacional causó desconfianza respecto del sector público y, es por esa razón, que se vio en la prestación privada del servicio una oportunidad para financiar los servicios públicos y atraer las inversiones privadas necesarias para el desarrollo de los servicios públicos domiciliarios (NÚÑEZ FORERO, 2017).

Es así como la experiencia de la gestión estatal plasmó la necesidad de cambiar de modelo de prestación de servicios públicos, especialmente los domiciliarios, hacia un modelo de prestación privada. No solo la coyuntura política y económica nacional empujó el cambio de modelo, sino también el contexto internacional fue de importancia fundamental. En efecto, los años ochenta fueron marcados por la globalización económica guiada por los países desarrollados que empezaron a liberalizar su economía de las manos del Estado con el fin de alcanzar una eficiencia económica y mejorar el bienestar social. Es así que la Constitución Política de 1991 siguió el rumbo internacional y las recomendaciones del Fondo Monetario Internacional, de la Organización del Comercio Internacional y del Banco Mundial, de liberalizar su economía. Esta reforma constitucional llegó a la redefini-

ción del papel del Estado empresario¹ en un Estado regulador², enmarcado por un modelo de libre competencia entre los prestadores de servicios públicos.

Sin embargo, la Constitución Política de 1991 no sólo implementa una liberalización económica, sino también un Estado Social de Derecho³ que intensifica los derechos sociales con respecto a los servicios públicos en los artículos 334, 365, 366, 367 y 369 que vamos a analizar en la reflexión que sigue. De esta manera, la Constitución de 1991 ha firmado un nuevo Pacto social para la Nación colombiana que concilia la eficiencia económica y la protección de los derechos sociales y económicos, especialmente en materia de servicios públicos.

De manera general, con respecto a los servicios públicos, la Constitución colombiana es única ya que esta les consagra un capítulo entero y detallado nombrado “*De la finalidad social del Estado y de los servicios públicos*”⁴. En este mismo capítulo, se destaca en la categoría de los servicios públicos, a los servicios públicos domiciliarios que no son definidos por la Constitución. En cuanto a la categoría general de los servicios públicos, la Ley 80 de 1993, en su artículo 3, los define por su finalidad, a saber “*Los que están destinados a satisfacer necesidades colectivas en forma general, permanente y continua, bajo la dirección, regulación y control del Estado (...)*”. También los servicios públicos domiciliarios (SPD) persiguen esa misma finalidad pero su especificidad se ilustra en un « sistema de redes físicas o humanas con puntos terminales en las viviendas o sitios de trabajo de los usuarios y cumplen la finalidad específica de satisfacer las necesidades esenciales de las personas »⁵. Y estos servicios públicos domiciliarios están constituidos por “*los servicios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, telefonía pública básica computada, telefonía móvil rural y distribución de gas combustible*”⁶.

A través de la definición de los servicios públicos domiciliarios, se puede entender la importancia de la finalidad social que cumplen estos servicios al satisfacer las necesidades esenciales de las personas, necesidades que se presentan como irreductibles. En este sentido, la cuestión del agua nos parece relevante porque es una de las necesidades la más importante ya que es imprescindible para

¹ El Estado empresario o intervencionista tiene como función, "además de reconocer los derechos de segunda generación, se encargó de la prestación de los servicios básicos" (VALLEJO ALMEIDA, 2016, p.16). Esa intervención estatal en la economía se considera como directa tal “(...) una corrección no superficial, sino de fondo, no factorial sino sistémica del *status quo* (...).” SÁNCHEZ Y VILLEGAS, 2001, p. 109)

² “(...) el Estado Regulador se encarga de intervenir el mercado por vía indirecta a través de la expedición de normas. Las disfunciones, bajo esta perspectiva, no son controladas o eliminadas por medio de la asignación de recursos o la prestación de servicios por parte del Estado sino por la alteración de las condiciones de asignación del mercado.” (SÁNCHEZ Y VILLEGAS, 2001, p.110)

³ Artículo primero de la Constitución Política de 1991

⁴ CAPÍTULO 5 de la Constitución Política de 1991

⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-041 de 2003, M. P Jaime Córdoba Triviño

⁶ Artículo 14.21 de la Ley 142 de 1994

la vida. Es por esta razón que nos vamos a enfocar nuestro estudio en el servicio de acueducto que “es la distribución municipal de agua apta para el consumo humano, incluida su conexión y medición”⁷. Así, como todos los servicios públicos domiciliarios, el servicio público de acueducto, funciona bajo el esquema del modelo de prestación de los servicios públicos domiciliarios implementado por la Constitución y por la ley.

Aun cuando la Constitución no hace una referencia directa a un modelo de prestación específico a los servicios públicos, ella define quien puede prestar los servicios públicos en su artículo 365, a saber, el Estado, las comunidades organizadas o los particulares. También demuestra su hostilidad a la implementación de monopolios estatales ya que establece, como principio, que ningún monopolio podrá establecerse en su artículo 336⁸. Y sobre todo, asigna al Estado un nuevo papel de regulación de los servicios públicos, de control, de inspección y de vigilancia de los prestadores de servicios públicos por medio de la Superintendencia de los servicios públicos (SSPD). Aunque la Carta Política prevé la posibilidad de la prestación de los servicios públicos por el Estado, según la teoría administrativista de división de las funciones planteada por GORDILLO. A (1974) en materia de regulación⁹ y retomada por SÁNCHEZ Y VILLEGAS (2001, p.123) en esas palabras; *si quien reglamenta, no regula y quien regula, no compete*, entonces la prestación de los servicios públicos no puede ser el papel principal del Estado. Efectivamente, la Constitución instituye un papel estatal más sutil acerca de los servicios públicos con un papel social muy presente. Sin embargo, se resalta una diferencia entre garantizar los derechos sociales atados a estos servicios y la prestación de estos servicios a través del estudio del CAPÍTULO V de la Carta Política.

Iniciado por la Constitución Política, este nuevo modelo de prestación de los servicios públicos se despliega, principalmente, a través de la Ley 142 de 1994, la cual tiene un enfoque más económico y consagra la prestación de los servicios públicos como una actividad de mercado con sus matices.

La explicación de este enfoque económico iniciado por la Constitución y consagrado por la Ley 142/94 fue recordado por el Consejo del Estado¹⁰ de la siguiente manera: “*El modelo constitucional colombiano de la Carta Política de 1991 está fundado en la superación de la noción francesa del servicio público, conforme a la cual ésta era asimilable a una función pública, para avanzar hacia una concepción económica según la cual su prestación está sometida a las leyes de un mercado*

⁷ Artículo 14.22 de la Ley 142 de 1994

⁸ Este principio del artículo 336 de la Constitución Política goza de excepciones que vamos a desarrollar en adelante.

⁹ “(...) el que legisla no ejecuta ni juzga de la ley, el que la ejecuta no la dicta ni juzga de ella y el que la juzga no la dicta ni ejecuta; ahora el sistema se ve complementado e integrado con el principio de que *el que concede u otorga un monopolio no debe ser el que lo controle.*” GORDILLO, (1976), p. X-3.

¹⁰ Consejo de Estado, Radicación AP-0020, 13 de mayo de 2004, Sec. Tercera, M.P María Elena Giraldo Gómez

fuertemente intervenido; así se deduce del artículo 365 de la Constitución cuando dispone que es deber del Estado asegurar la prestación eficiente de los SP". El Consejo del Estado hace referencia a la "superación" por el modelo colombiano de prestación de los servicios públicos del modelo francés de prestación de los servicios públicos, la cual se caracteriza como una actividad de interés general que, teóricamente, debe estar prestada por el Estado mediante un monopolio estatal. La consagración de un Estado intervencionista se encuentra en la reforma constitucional del 1936 que estableció la posibilidad, para el Estado, de intervenir directamente en la economía, y particularmente, en la prestación de los servicios públicos¹¹. Sin embargo, el modelo constitucional colombiano nacido de la Constitución del 1991 se caracteriza por un rumbo más liberal y inspirado por el modelo anglosajón y norteamericano, en el cual la prestación de los servicios públicos se basa exclusivamente en la iniciativa privada (SÁNCHEZ Y VILLEGAS, 2001).

Por lo tanto, el modelo colombiano supera a los dos modelos susodichos dado que el Estado, a través de su regulación y de su intervención indirecta en la prestación de los servicios públicos, no solamente garantiza la prestación eficiente de los servicios públicos sino también protege a los derechos de los usuarios con el fin de cumplir sus objetivos sociales acerca de la prestación de los servicios públicos.

Sin embargo, en cuanto al servicio de acueducto en Colombia, la diferencia entre la prestación del servicio público y la garantía constitucional de las finalidades sociales atada a esta plantea varios cuestionamientos sobre las condiciones de intervención del Estado en los servicios públicos, las condiciones de la prestación del servicio público de acueducto y cómo se concilia el papel social del Estado y el papel económico del mercado.

De esas implicaciones anteriores, se destaca el siguiente cuestionamiento jurídico, a saber si ¿El modelo del servicio público domiciliario de acueducto colombiano, específicamente acerca de su prestación, permite la materialización de los objetivos constitucionales relacionados con esos mismos servicios públicos?

A título de hipótesis, podemos suponer que el modelo de prestación del servicio público de acueducto y todas sus incidencias no permiten la materialización de los objetivos constitucionales relativos a los servicios públicos. La primera razón es que el modelo del servicio público de acueducto colombiano es disperso y contradictorio, aunque en su propuesta jurídica e ideológica, el modelo colombiano de prestación de servicios públicos domiciliarios intenta superar esa contradicción inicial entre eficiencia económica y finalidad social de los servicios públicos. Esa conciliación entre

¹¹ Acto Legislativo 1 del 5 de agosto de 1936. Artículo 11. El Estado puede intervenir por medio de leyes en la explotación de industrias o empresas públicas y privadas, con el fin de racionalizar la producción, distribución y consumo de las riquezas, o de dar al trabajador la justa protección a que tiene derecho.

objetivos constitucionales de diferente naturaleza que encontramos en el modelo colombiano es innovadora, pero no parece aplicable materialmente al servicio público de acueducto porque la importancia social del acceso a un agua potable puede ser perjudicada por los intereses de lucro que fundamentan el mercado.

La resolución de esta problemática pasa, primero, por la comprensión del modelo de prestación de los servicios públicos domiciliarios, desde su origen hasta su materialización jurídica para medir cuales son los medios implementados para materializar los objetivos constitucionales (PARTE I). Luego, vamos a analizar los resultados concretos del servicio público de acueducto y relacionarlos con las condiciones jurídicas de su funcionamiento para confirmar o no la hipótesis según la cual el modelo de prestación de los servicios públicos no permite el cumplimiento de los objetivos constitucionales relacionados con estos (PARTE II).

PARTE I.

EL MODELO DE PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS: UN MODELO HÍBRIDO

En su propuesta jurídica e ideológica, el modelo colombiano de prestación de servicios públicos domiciliarios es un modelo híbrido porque supera esa contradicción fundamental entre eficiencia económica y finalidad social de los servicios públicos. Entender la superación de esta contradicción fundamental supone volver a los fundamentos de la prestación de los servicios públicos (**CAPÍTULO I**) para analizar cómo estos fundamentos se materializan en el régimen legal actual de la prestación de los servicios públicos domiciliarios (**CAPÍTULO II**).

CAPÍTULO I. LOS FUNDAMENTOS DEL MODELO DE PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN COLOMBIA.

Los fundamentos del modelo de prestación de los servicios públicos en Colombia radican, principalmente, en que la Constitución Política no describe, tal cual, un modelo de prestación que aplicar, sino que da vida a diferentes finalidades estatales que constituyen los pilares del modelo de prestación de los servicios públicos.

Lo claro es que, si la finalidad de los servicios públicos es “*satisfacer necesidades colectivas en forma general, permanente y continua, bajo la dirección, regulación y control del Estado (...)*”¹², necesitamos tener una visión clara del papel del Estado creado por la Constitución para entender los fundamentos constitucionales de la prestación de los servicios públicos domiciliarios y sus objetivos.

En ese sentido, el papel del Estado colombiano en la Constitución del 1991 es doble ya que tiene un papel social y económico (1.1.) y este papel es híbrido porque su dimensión social y económica son dos facetas del mismo Estado que se concilian de manera innovadora (1.2.).

1.1. EL DOBLE PAPEL CONSTITUCIONAL DEL ESTADO COLOMBIANO: SOCIAL Y ECONÓMICO

El doble papel que la Constitución del 1991 atribuye al Estado colombiano se determina por una organización estatal multiforme y compleja de la que se desprenden el Estado Social de Derecho (1.1.1.) y un papel económico característico del Estado colombiano (1.1.2).

1.1.1. COLOMBIA ES UN ESTADO SOCIAL DE DERECHO

1.1.1.1. ORIGEN DEL CONCEPTO DE *ESTADO SOCIAL DE DERECHO*

El artículo primero de la norma fundamental colombiana contiene la esencia misma del Estado colombiano ya que lo define como un “*Estado Social de Derecho*”. Si hablamos de “esencia” del Estado colombiano es porque no es una característica entre otras del Estado, sino que todas las funciones del Estado colombiano emanan de su naturaleza de *Estado Social de Derecho*.

Este concepto, pilar fundamental del Estado colombiano, toma su origen en el concepto de *Estado de Derecho* que está considerado como la fuente de nuestras democracias modernas. El *Estado de Derecho* fue objeto de una doctrina constitucional muy importante y podría constituir un tema de

¹² Artículo 3 de la Ley 80 de 1993

tesis, por eso no vamos a tratar de todos los debates que se dieron sino que vamos a tratar de entender esta noción jurídica sencillamente.

En primer lugar, la conceptualización del *Estado de Derecho* se determina en los siglos XVIII y XIX en Alemania con el autor ROBERT VON MOHL (1859), aunque en la época griega y romana, varios autores como ARISTOTELES se habían acercado de este concepto. También este concepto fue apropiado por los pensadores franceses como LÉON DUGUIT y CARRÉ DE MALBERG. El segundo opone *Estado de Derecho* y *Estado de Policía*, considerando que, en esta última forma de Estado, la Administración actúa exclusivamente de manera discrecional y sin limitaciones frente a los eventos que ocurren. Asimismo:

“Por Estado de derecho debe entenderse un Estado que, en sus relaciones con sus súbditos y para garantía del estatuto individual de éstos, se somete él mismo a un régimen de derecho, por cuanto encadena su acción respecto a ellos por un conjunto de reglas, de las cuales unas determinan los derechos otorgados a los ciudadanos y otras establecen previamente las vías y los medios que podrán emplearse con vistas a realizar los fines estatales: dos clases de reglas que tienen por efecto común limitar la potestad del Estado subordinando al orden jurídico que consagran.” (CARRÉ DE MALBERG, citado por VILLA BORDA, 2007, p.4)

Básicamente, en un *Estado de Derecho*, el poder estatal está limitado por dos conjuntos de reglas, el primero son las reglas jurídicas que condicionan la acción estatal y, el segundo, son los derechos políticos y civiles de los ciudadanos con el fin de protegerlos de las derivas arbitrarias de un Estado absolutista. En este sentido, el hecho de dotarse de una Constitución es naturalmente una característica del *Estado de Derecho* ya que enmarca la forma de ser del Estado y las reglas a las cuales va a someter su acción. Estas reglas son impregnadas de solemnidad y firmeza ya que los mecanismos de adopción y de modificación de una Constitución Política son, por lo general, rígidas con el fin de protegerla de las arbitrariedades del poder.

Luego, la evolución histórica de nuestras sociedades dio nacimiento al *Estado Social* o *Estado de Bienestar* con el fin de dar una respuesta jurídica a las nuevas aspiraciones sociales de las clases trabajadoras nacidas de la industrialización. Se tradujo por el reconocimiento de los derechos sociales en la Constitución y la precursora del *Estado Social* es la Constitución alemana de Weimar de 1919 que introdujo, en su seno, derechos sociales acompañados de una fuerte intervención del Estado para materializar estos derechos (VILLA BORDA, 2007).

Después de los eventos históricos de las dos guerras mundiales, se ampliaron los conceptos de *Estado de Derecho* y de *Estado Social* para formar el *Estado Social de Derecho* con el fin de superar las insuficiencias del primero concepto en materia de igualdad, y del segundo que se limitaba a un

mecanismo asistencialista ineficiente y, a veces, corrupto (VILLAR BORDA, 2007). En efecto, el *Estado Social de Derecho*¹³ incluye el concepto de *Estado de Derecho* porque se fundamenta en el reconocimiento de derechos civiles y políticos, como la propiedad y la libertad individual, pero reconoce también los derechos llamados “de segunda generación” que son los derechos sociales, económicos y culturales, hasta los derechos de “tercera generación”, constituidos por los derechos colectivos. El desarrollo de estas tres categorías de derechos es el objeto de los CAPÍTULOS 1, 2 Y 3 DEL TÍTULO 2 de la Constitución colombiana de 1991. A diferencia de los derechos políticos y civiles, los derechos sociales “obligan a determinadas prestaciones por parte del Estado o de los particulares”. De esa diferencia se fundamenta la división tradicional entre derechos negativos (derechos civiles y políticos) y derechos positivos (derechos sociales) (VILLAR BORDA, 2007, p.14). Así, el *Estado Social de Derecho* da al Estado colombiano un papel específico y le asigna determinados fines constitucionales.

1.1.1.2. CONCEPTO DE *ESTADO SOCIAL DE DERECHO* EN LA CONSTITUCIÓN COLOMBIANA

El papel del *Estado Social de Derecho* en Colombia fue profundizado en numerosas decisiones de la Corte Constitucional colombiana, cuya Sentencia C-587 de 1992 fue constructiva¹⁴:

“En el Estado social de derecho -que reconoce el rompimiento de las categorías clásicas del Estado liberal y se centra en la protección de la persona humana atendiendo a sus condiciones reales al interior de la sociedad y no del individuo abstracto-, los derechos fundamentales adquieren una dimensión objetiva, **más allá del derecho subjetivo que reconocen a los ciudadanos.** (...) En consecuencia, el Estado está obligado a hacer extensiva la fuerza vinculante de los derechos fundamentales a las relaciones privadas: el Estado legislador debe dar eficacia a los derechos fundamentales en el tráfico jurídico privado; El Estado juez debe interpretar el derecho siempre a través de la óptica de los derechos fundamentales.” (Negrilla fuera de texto)

Fundamentalmente, dentro de un *Estado Social de Derecho*, se consagran, además de los derechos subjetivos (civiles y políticos), los derechos objetivos (los derechos sociales, económicos y culturales) cuyo reconocimiento tiene como consecuencia un papel activo del Estado que tiene que implementar políticas sociales para volver efectivos los derechos sociales. Ese papel activo lo precisa la Corte Constitucional en esta sentencia:

¹³ Teorizado en 1930 por HERMAN HELLER (1891-1933), citado por VILLAR BORDA (2007, p.15).

¹⁴ Magistrado Ponente: Dr. CIRO ANGARITA Barón

“El Estado Social de Derecho, principio fundaste incorporado en la constitución de 1991 produjo un cambio radical en la forma de entender el Estado Colombiano. (...) Es decir, el Estado ya no solo debe omitir acciones que produzcan vulneraciones en los derechos fundamentales sino que debe efectuar actos tendientes a garantizar de manera efectiva el uso y disfrute de los derechos constitucionales de carácter fundamental.”¹⁵ Por lo tanto, “no puede reducirse el Estado social de derecho a mera instancia prodigadora de bienes y servicios materiales”¹⁶ porque el “excesivo asistencialismo, corre el riesgo de anular la libertad y el sano y necesario desarrollo personal”¹⁷, lo que fue reprochado al Estado de Bienestar.

Si el *Estado Social de Derecho* es esencial para “suprimir la desigualdad social”¹⁸ es, en parte, a través de la buena prestación de los servicios públicos domiciliarios que el Estado puede realizar este objetivo porque esta permite satisfacer necesidades básicas y colectivas que tienen que ver con la realización de los derechos fundamentales y sociales como el derecho a la vida, a la dignidad y a la salud¹⁹. Por esa razón, “Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado” según el artículo 365 de la Constitución.

En este orden de ideas, el CAPÍTULO V de la Constitución llamada “De la finalidad social del Estado y de los servicios públicos” confirma el vínculo de interdependencia entre los servicios públicos y las finalidades sociales del *Estado Social de Derecho*. En este sentido, en el CAPÍTULO susodicho, se crean varias obligaciones y metas sociales que el Estado tiene que cumplir. Entre esas obligaciones sociales, encontramos que el Estado tiene que asegurar “la prestación eficiente de los servicios públicos a todos los habitantes del territorio nacional”²⁰, lo que implica dos garantías sociales por parte del Estado. La primera es garantizar la prestación continua y eficiente de los servicios públicos y, la segunda garantía, es el acceso universal a los servicios públicos a todos los habitantes, es decir, que todas las personas puedan acceder, a distancias y en condiciones razonables, a los servicios públicos según cantidades mínimas para satisfacer sus necesidades básicas (NÚÑEZ FORERO, 2017). Este acceso universal incluye también a las personas de menores ingresos como lo precisa el

¹⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-060 de 2005, M.P. Jaime Araujo Rentería

¹⁶ Corte Constitucional, Sentencia 566 de 1995, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

¹⁷ *Ibíd*em

¹⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-150/03, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

¹⁹ Preámbulo, artículos 1 y 49 de la Constitución Política de 1991

²⁰ Artículo 365 de la Constitución Política de 1991

artículo 334 de la Constitución con la obligación estatal de asegurar a todas las personas, en particular, a las de menores ingresos el acceso “efectivo” a los servicios básicos.

Además, la Constitución establece claramente las finalidades sociales del Estado, en su artículo 366, constituidas por “El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población” que demuestra una voluntad de garantizar la calidad del bien objeto de los servicios públicos y su acceso universal a través de la extensión de la cobertura supuesta por “el mejoramiento”. Dentro de estas finalidades, se resalta un objetivo estatal particularmente fundamental según el cual el Estado tiene que encontrar “la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable.” Este objetivo fundamental confirma la prioridad de la prestación eficiente del servicio público de acueducto, entre otros, para el cumplimiento de la finalidad social del Estado porque, al cumplir el derecho al agua, se cumplen otros derechos fundamentales como el derecho a la vida, a la dignidad y a la salud²¹.

La declaración de estos objetivos sociales relativos a la prestación de los servicios públicos se relacionan directamente con el artículo primero de la Constitución colombiana que establece finalidades estatales generales que se precisan a lo largo de la Constitución como “servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución”.

En concordancia con el concepto de *Estado Social de Derecho*, esas declaraciones están acompañadas de herramientas jurídicas importantes que permiten, en teoría, concretar las finalidades sociales del Estado a través de un papel activo. Por una parte, existe una prioridad del gasto social²² sobre cualquier otro gasto, lo que ilustra la huella eminentemente social del Estado colombiano, dando al presupuesto público una prioridad social. Por otra parte, existe una inclusión de los principios de solidaridad y de redistribución de los ingresos²³ en los criterios atados al régimen tarifario de los servicios públicos para concretar el acceso universal a estos servicios. En esa misma óptica, se implementó la posibilidad para todas las entidades estatales y la Nación conceder subsidios “para que las personas de menores ingresos puedan pagar las tarifas de los servicios públicos domiciliarios que cubran sus necesidades básicas”²⁴.

²¹ Preámbulo, artículos 1 y 49 de la Constitución Política de 1991

²² Artículo 366 de la Constitución Política de 1991

²³ Artículo 367 de la Constitución Política de 1991

²⁴ Artículo 368 de la Constitución Política de 1991

Al subrayar esas herramientas constitucionales, podemos decir que son, todavía, programáticas y es con el análisis posterior de la Ley 142/94 que vamos a ver cómo toman cuerpo esas herramientas (CAPÍTULO II).

Sin embargo, la esencia constitucional del Estado Social de Derecho en Colombia fue explicitada a través de sus finalidades sociales. Pero la dimensión social no es la dimensión exclusiva del Estado Social de Derecho ya que este concepto incluye también la protección de los derechos individuales, y con ellos de los derechos económicos.

1.1.2. UN PAPEL ECONÓMICO: ENTRE PROTECCIÓN Y REGULACIÓN DEL MERCADO

El papel económico constituye la otra faceta del Estado colombiano y se divide también en dos roles, el primero es la protección de las libertades económicas que edifican la “Constitución económica” (1.1.2.1) y, el segundo rol, es el de regulador de los servicios públicos y controlador de sus prestadores (1.1.2.2.).

1.1.2.1. LAS GARANTÍAS ECONÓMICAS CONSTITUCIONALES

En efecto, si el papel económico del Estado constituye la otra faceta del Estado colombiano es porque “El avance del Estado social de derecho, postulado en la Constitución, no responde al inesperado triunfo de ninguna virtud filantrópica, sino a la actualización histórica de sus exigencias, las cuales no son ajenas al crecimiento de la economía (...)”²⁵. En este sentido, el TÍTULO XII de la Constitución “Del régimen económico y de la Hacienda Pública” plantea la organización económica del Estado colombiano destinada a favorecer el crecimiento económico a través de la protección de la libertad económica constituida por la libertad de empresa y la libertad de competencia.

Por un lado, el artículo 333 consagra la libertad de empresa en estos términos “*La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común*”. Esta libertad se define generalmente como el derecho para cualquier persona a emprender cualquier actividad económica lícita y ejercerla libremente, es decir, que la ley no debe entorpecer el ejercicio de estas actividades económicas. Más precisamente, el ejercicio libre de la actividad económica dentro del mercado implica que el empresario pueda elegir libremente sus proveedores, sus clientes y la forma con la que va a llevar su actividad económica. La Corte Constitucional erigió las ramificaciones de la libertad de empresa que componen su “núcleo esencial”²⁶ y que no pueden ser ignorados por las autoridades

²⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-566 de 1995, M.P Eduardo Cifuentes Muñoz

²⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-263 de 2011, M.P Jorge Iván Palacio Palacio

públicas. Esas ramificaciones son el derecho al tratamiento igualitario y no discriminatorio entre empresarios; el derecho a concurrir al mercado o retirarse; la libertad de organización y el derecho a que el Estado no interfiera en los asuntos internos de la empresa; el derecho a la libre iniciativa privada; el derecho a la creación de establecimientos de comercio; y el derecho a recibir un beneficio económico razonable. Esa libertad de competencia y sus ramificaciones, en términos de economía, permiten alcanzar la competencia pura y perfecta en el mercado con el fin de alcanzar un equilibrio entre la oferta y la demanda que va a permitir la fijación natural de los precios de los bienes y servicios por el mercado (WALRAS. L, 1874). El alcance de este mercado ideal se puede resumir como el en el que “existiría un número plural de compradores y vendedores, de forma que ninguno de estos tenga la posibilidad de influir en el precio de un bien o servicio” (VALLEJO ALMEIDA, 2016). También, este mercado "ideal" supone que el Estado garantice los derechos y las libertades económicas que permitan un mercado de competencia perfecta y es el caso en la Constitución Política de 1991 (SÁNCHEZ Y VILLEGAS, 2001)²⁷.

En efecto, el mismo artículo 333 de la Constitución consagra la libertad de competencia cuyo el Estado es su garante porque “(...) 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”. Según la Corte Constitucional, la libertad de competencia es complementaria a la libertad de empresa ya que supone un acceso libre al mercado por cualquier persona y bajo las mismas condiciones que los otros entrantes²⁸, es decir, sin que haya obstáculos injustificados que dificulten el acceso a una actividad económica lícita en la entrada del mercado. Pero esa libertad de competencia no impide que haya actores económicos que tengan una posición dominante en el mercado²⁹, sino que estos actores no abusen de su posición dominante para desestabilizar la competencia con “conductas o prácticas contrarias a la honestidad y lealtad comercial: a) Imponer precios, b) limitar la producción, c) aplicar en las relaciones contractuales condiciones desiguales y d) subordinar la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias.”³⁰

²⁷ “De esta manera, la libre competencia es un derecho individual. No obstante lo anterior, éste no hace parte de los derechos inherentes a la persona humana. La naturaleza de este derecho es la de tener un contenido garantista, en el contexto de una economía de mercado. En este orden de ideas, el Estado tiene el deber de garantizar a los individuos que participan en la dinámica económica la existencia de un mercado donde sea posible la libre competencia.” p. 130

²⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-228 de 2010, M. P Luis Ernesto Vargas Silva. (Ibid)

²⁹ Este concepto lo prevé el artículo 14.13 de la Ley 142 de 1994, al señalar que: “Cuando un proveedor sirve al 25% o más de los usuarios que conforman el mercado”.

³⁰ Ibidem

La referencia directa a un mercado competitivo en la Constitución y su protección son significativas para entender la relación del Estado con la economía y con los servicios públicos ya que la prestación de los servicios públicos es una actividad económica dentro del mercado. Efectivamente, el artículo 365 de la Constitución supone la diferencia entre la garantía estatal de los derechos sociales atados a estos servicios, como la prestación eficiente, y la prestación directa de estos servicios. Eso tiene como consecuencia el régimen de la prestación de los servicios públicos que “podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares”³¹. Es decir que cualquier persona, que sea pública o privada, puede prestar un servicio público porque es una actividad económica, aunque vamos a ver que el régimen despliega varias condiciones para ciertos prestadores.

Este giro ideológico de la economía, que hizo de la prestación del servicio de acueducto una actividad económica, influyó en la concepción jurídica del papel del Estado que ya no es un actor de primer nivel en la prestación del servicio de acueducto, sino un regulador y un controlador de la prestación de los servicios públicos.

1.1.2.2 EL NUEVO PAPEL DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA : REGULACIÓN Y CONTROL DE LOS PRESTADORES

Con respecto al nuevo papel del Estado en la Constitución Política del 1991, su redefinición en Estado regulador y controlador tuvo varias consecuencias jurídicas que pretendemos, en un primer tiempo, entender de manera global, es decir, exponer cuales son los mandatos constitucionales con este fin; en un segundo tiempo, de comparar estos mandatos con su expresión funcional y orgánica en la ley (CAPÍTULO II).

El pilar constitucional del papel del Estado en la economía es el artículo 334 de la Constitución que establece que “*La dirección general de la economía estará a cargo del Estado*”³², se ejercerá por medio de la ley y en el ámbito material de “*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*”. Constatamos que el Estado tiene el cargo más alto en la economía ya que la dirige. Además, el ámbito material de su dirección atañe todos los campos de la economía, hasta los servicios privados en los que el Estado no suele tener gran interés, pero que tiene que reglamentarlos. La Corte Constitucional interpreta este inciso como “norma objetiva dirigida al Estado” que “no constituye una mera posibilidad de actuación, sino un *mandato constitucional* cuyo cumplimiento puede

³¹ Artículo 365 de la Constitución Política

³² Artículo 334 de la Constitución Política

ser judicialmente controlado”³³. La interpretación constitucional de este mandato tiende a suponer que el Estado tiene como una obligación de intervenir en la economía ejerciendo su papel de manera positiva, el cual será controlado a través del cuerpo judicial. Pero es, sobre todo, en los servicios públicos que este mandato constitucional toma su consistencia principal.

En efecto, el papel económico del Estado a respecto de los servicios públicos se precisa a partir del artículo 365 de la Constitución que dispone que “*En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios*”. A propósito de la regulación, la norma fundamental crea la actividad reguladora sin crear el organismo que va a ejercer esa función. Según los autores SÁNCHEZ Y VILLEGAS (2001), la Constitución crea una función estatal sin atribuirle a una de las tres ramas del Poder (legislativa, ejecutiva y judicial).

Tampoco la Constitución define el tipo de regulación que ejerce el Estado colombiano sobre los servicios públicos. Sin embargo, la regulación fue objeto de numerosos escritos científicos y tesis de los cuales se dimanan varias definiciones y visiones de la regulación. Por esa razón, la regulación forma parte de un sistema complejo que fija los límites de la intervención del Estado en la economía y que vamos a intentar explicar. Por ejemplo, la Corte Constitucional define la regulación un sentido amplio según el cual designa “todas las decisiones del Estado respecto del funcionamiento de la economía y la organización de la sociedad”³⁴. Mientras que la Ley 142/94 da a la regulación una función más finalista y concreta considerando la regulación como “La facultad de dictar normas de carácter general para someter la conducta de las personas que prestan los servicios públicos domiciliarios a las reglas, normas, principios y deberes establecidos por la ley y los reglamentos”³⁵. La visión constitucional de la regulación da al Estado un cierto poder de creación, ya que toda intervención estatal en la economía es regulación, mientras que la segunda visión, contenida en la ley, reconoce a la regulación una función ejecutiva de la ley y de los reglamentos existentes. En suma, la regulación puede revelar varios grados de intervención del Estado que, dependiendo de la panoplia de herramientas que le dé el régimen legal³⁶, le dan un poder más o menos amplio. De toda manera, lo que podemos decir es que, al ver la amplitud del papel económico del Estado en la Constitución, el régimen de la regulación adecuado será dar al Estado amplias herramientas jurídicas para que pueda ejercer su misión constitucional ya que el concepto de ‘dirección estatal de la economía’ es

³³ *Ibidem*

³⁴ Corte Constitucional C-150/03, M.P Dr. Manuel José Cepeda Espinosa

³⁵ Artículo 14.18 de la Ley 142 de 1994

³⁶ Aspecto que será objeto de análisis en el CAPÍTULO II.

una “categoría jurídica que recoge todos los instrumentos mediante los cuales el Estado interviene en el libre funcionamiento de la economía nacional” (GUINARD-HERNÁNDEZ, 2017, p.182)

Por lo tanto, si la intervención económica del Estado parece amplia, tiene que respetar unas condiciones que se encuentran en la misma Carta Política y precisadas por la Corte Constitucional³⁷. La primera condición es que la intervención se tiene que conducir por medio de la ley. La segunda condición es que la intervención estatal tiene que respetar el núcleo esencial de las libertades económicas, aunque puede limitar esas libertades con motivos adecuados y suficientes, como lo vamos a ver. *La tercera condición es el respecto del principio de solidaridad³⁸ que conduce el Estado a tomar medidas redistribuidas, como es el caso con el régimen de las tarifas de los servicios públicos que tiene que tomar en cuenta los criterios de costos, de solidaridad y de redistribución de los ingresos³⁹, especialmente a través de una estratificación socioeconómica manejada obligatoriamente por el municipio⁴⁰ y que permite a los estratos « bajos », es decir más desfavorecidos económicamente, pagar una tarifa de servicios públicos subsidiada como lo explicamos más en adelante⁴¹. Por fin, su intervención tiene que responder a los criterios de razonabilidad y proporcionalidad en el sentido que tiene que ser justificada y no arbitraria. Esas condiciones son requisitos materiales, formales y flexibles porque dejan una cierta libertad al Estado para actuar.*

Asimismo, el artículo 370 de la Constitución amplía el papel económico del Estado a respecto de los servicios públicos con la función presidencial de “señalar, con sujeción a la ley, las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios”. Esta función general tiene un ámbito material preciso que es la “administración y el control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios”, a saber el manejo de los servicios públicos por los prestadores. También revela una competencia de orden técnico cuyas formalidades serán señaladas por la ley, lo constituye una cierta limitación.

Técnica también es la función presidencial que sigue en este mismo artículo que es el “control, la inspección y vigilancia” de las entidades que prestan los servicios públicos por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos⁴². La particularidad de esta función es que es una función presiden-

³⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-228 de 2010, M. P Luis Ernesto Vargas Silva

³⁸ Artículo 1 de la Constitución Política de 1991

³⁹ Artículo 367 de la Constitución Política de 1991

⁴⁰ Artículo 101 de la Ley 142 de 1994

⁴¹ En el párrafo **1.2.2.2**. UNA INTERVENCIÓN ESTATAL NACIDA DE LAS LIMITACIONES A LA LIBERTAD ECONÓMICA, ELEVADA HACIA EL BIEN COMÚN.

⁴² Artículo 370 de la Constitución Política de 1991

cial ejercida por medio de un organismo técnico, lo que crea una posibilidad de intervención estatal indirecta. Igualmente, la intensidad del control, de la inspección y la vigilancia va a depender del régimen que dibuje la ley.

Para resumir el papel económico del Estado, tenemos un Estado que se instituye como protector de las libertades económicas en un sistema de mercado pero que interviene también en este mercado gracias a un mandato constitucional, a primera vista, amplío que va a precisar el legislador. Aunque, en la Constitución, la función de regulación falta de claridad y de precisión, y la función de control, inspección y vigilancia de los prestadores de servicios públicos se ejerce de manera indirecta por el Presidente. El misterio de esas funciones y las dudas que creen se aclararán con el estudio de la Ley 142/94 (CAPÍTULO II).

Obviamente, la cuestión que resalta es saber cómo conviven la intervención estatal y el libre mercado en el sistema colombiano porque la intervención estatal en la economía desmedida no permite un libre mercado y un mercado totalmente libre no permite la intervención estatal. Por consiguiente, vamos a seguir con los mecanismos de conciliación de la economía y de la intervención estatal.

1.2. UNA CONSTITUCIÓN CONCILIADORA: ENTRE EFICIENCIA ECONÓMICA Y BIENESTAR SOCIAL

La intervención estatal y el mercado libre son dos variables, originalmente, consideradas como poco compatibles. Pero la Constitución colombiana de 1991 intentó superar las visiones tradicionales oponiendo intervención estatal y mercado libre, a través de la consagración de mecanismos de conciliación.

Estos mecanismos de conciliación nacen de la teoría económica (1.2.1.) y se desenvuelven en el marco constitucional y jurídico de la prestación de los servicios públicos domiciliarios (1.2.1.2.).

1.2.1. LA CONCILIACIÓN TEÓRICA DE LA IDEOLOGÍA NEOLIBERAL: INSPIRACIÓN DEL MODELO DE PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

1.2.1.1. LOS BENEFICIOS DE LA LIBERALIZACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

Las orientaciones esenciales de la Constitución Política del 1991, que fundamentan el modelo de prestación de los servicios públicos domiciliarios, se desprenden de un contexto internacional de liberalización de las economías, nacida de la teoría económica liberal.

La teoría económica liberal se fomenta en una idea simple, según la cual, el mercado competitivo y libre es el único medio para alcanzar el bienestar económico de la población. Efectivamente, el fracaso de la intervención estatal directa en los años ochenta llevó a un cambio de modelo que implementó la Constitución Política del 1991 y dio razón a la teoría liberal del mercado. Por esa razón, se implementó, en los países en desarrollo en crisis económica, el Decálogo del Consenso de Washington (1989) que guía las políticas económicas con el fin de liberalizar las economías según un orden neoliberalista⁴³. Este Decálogo se inspiró de economistas como FRIEDMAN (1962) que considera la intervención del Estado como ominosa para la economía ya que provoca fallas de gobierno, estas impiden el buen funcionamiento del mercado porque el mercado tiene que funcionar de manera libre para desarrollar sus beneficios. En los años ochenta, en Colombia, la situación económica del servicio público de acueducto, y de los demás servicios, era catastrófica porque no se podía cubrir los costos reales de la prestación por culpa de las tarifas bajas, fijadas por los políticos para incrementar los votos en su favor (AMADOR CABRA, 2011). Este déficit público dificultaba la economía nacional y también las posibilidades de mejoramiento, en término de técnica y de cobertura, de los servicios públicos domiciliarios, lo que vulneraba el cumplimiento de su finalidad social y de sostenibilidad financiera (NÚÑEZ FORERO, 2017).

Es así como la experiencia de la gestión estatal plasmó la necesidad de un modelo de prestación sostenible al nivel económico para los liberales porque, sin un respaldo financiero, no se puede prestar de manera óptima los servicios públicos domiciliarios, y específicamente el servicio de acueducto tal como debería estar prestado.

En este sentido, el Decálogo del Consenso de Washington inspiró la Constitución colombiana de 1991 y preconizó implementar un modelo económico según diez propuestas; la disciplina presupuestaria para limitar el déficit público, una liberalización financiera, una apertura comercial, la privatización de las empresas públicas y la desregulación económica, es decir, suprimir las reglas que entorpecen el desempeño del mercado, como las barreras de entrada y salida. Esas diez propuestas se perciben a través del análisis del modelo de prestación de los servicios públicos domiciliarios.

En efecto, más allá de la visión económica y técnica de la liberalización económica, está tiene, en teoría, otros beneficios más concretos para la sociedad, acerca de la prestación de los servicios públicos. En efecto, según el Profesor PÉREZ RINCÓN (2005), si la privatización es la única solución para el bienestar económico de la población y la única compatible con el crecimiento económico, es

⁴³ Este Decálogo del Consenso de Washington fue formulado por John Williamson y apoyado por el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial y el Departamento del Tesoro de los Estados Unidos.

porque permite, entre otros, la reducción de la interferencia política en la toma de decisiones, generar incentivos para mejorar la eficiencia y la calidad de los servicios prestados, mejorar la gestión de los servicios públicos, disminuir las tarifas, aumentar la inversión extranjera y reducir el déficit fiscal.

Para simplificar, se presentó como adecuada la gestión privada empresarial de los servicios públicos domiciliarios en Colombia, tanto para sanear la economía como por reunir las condiciones materiales de prestación de un servicio público eficaz. En efecto, por un lado, permite financiar el servicio público principalmente por los mecanismos de mercado porque los servicios públicos domiciliarios, y específicamente el de acueducto, en términos de infraestructura y de cobertura, son costosos. Así, como las infraestructuras de los servicios públicos domiciliarios son muy costosas, para que un inversionista privado invierta, necesita una contraparte tal como entrar en el mercado sin dificultad, manejar su empresa libremente y poder cubrir las inversiones de partida, sin interferencias políticas perturbadoras. Esa financiación por el mercado permite no crear déficit fiscal con el sentido de que, sin una sostenibilidad económica, la prestación material del servicio público y de su finalidad son difíciles cumplir. Por esas razones, la Constitución Política de 1991 es garantista de la libertad económica.

Este cambio, en la prestación de los servicios públicos, fue debido a un giro ideológico de la economía que hizo de la prestación del servicio de acueducto, y de los demás, una actividad económica. De esta manera, la ideología económica influyó en el componente jurídico porque se necesitaba implementar herramientas jurídicas que permitieran la introducción de un modelo empresarial para los servicios públicos, como la protección de la libertad económica. Sin embargo, si el mercado beneficia a los compradores, el también tiene sus fallos como lo expresa la Corte Constitucional:

“Pero, en realidad, son los compradores (...) quienes se benefician en mayor medida de un mercado siempre que éste funcione en condiciones competitivas. Un mercado competitivo conlleva a una permanente búsqueda de la eficiencia de los oferentes, lo cual supone que los compradores podrán beneficiarse de una reducción relativa de los precios o de una mejora de la calidad de lo que adquieren. Sin embargo, cuando no se presentan los supuestos teóricos de la libre competencia, el mercado genera resultados indeseables, muchos de los cuales resultan contrarios al Estado social de derecho.”⁴⁴

Como lo explica la Corte Constitucional, el mercado puede generar “resultados indeseables” que constituyen fallos de mercado y que no corresponden a “los supuestos teóricos” que acabamos de

⁴⁴ Corte Constitucional C-150/03, M.P Manuel José Cepeda Espinosa

ver. Estos fallos de mercado fundamentan la intervención del Estado y, en este sentido, los teóricos liberales califican la intervención estatal en la economía liberal como un “*mal necesario*”.

1.2.1.2. UNA TEORÍA ECONÓMICA QUE DEFINE EL PAPEL DEL ESTADO

Efectivamente, el papel económico que tiene el Estado colombiano se fundamenta, por parte, en la teoría económica. Por esa razón, el Estado va a intervenir para moderar las consecuencias de las fallas del mercado a través de su función de regulación. Este “*mal necesario*” tiene que ser condicionado y justificado.

La primera condición de intervención del Estado es que, para proteger y promover el mercado, tiene que ser justificada por la presencia de fallos de mercado, es decir “resultados indeseables” generados por el mercado mismo. Según STIGLITZ JOSEPH (2000), existen cinco principales fallas de mercado. Esas fallas, se predicen así porque vulneran la eficiencia dentro del mercado y, a través de ellas, se puede adivinar cuáles son las características del mercado liberal en la que interviene la regulación.

En primer lugar, la falta de competencia ocurre cuando no existen suficientes productores en el mercado para permitir una competencia perfecta que permita equilibrar los precios en función de la demanda. En esa concepción, existen comportamientos particulares que desestabilizan la competencia como el monopolio y el abuso de posición dominante, entre otros, que son enemigos del mercado liberal. Por un lado, el monopolio es una situación económica en la cual la competencia no existe debido a la presencia de una empresa que tiene la mayor parte del mercado y que impone, de hecho, sus condiciones. Por otro lado, existe la posición dominante que tiene una doble dimensión ya que es la que ejerce “una empresa de servicios públicos respecto a sus usuarios; y la que tiene una empresa, respecto al mercado de sus servicios y de los sustitutos próximos de éste, cuando sirve al 25% o más de los usuarios que conforman el mercado”⁴⁵. Cuando una empresa está en una posición dominante en el mercado, es más probable que tenga las herramientas técnicas y económicas para cometer abusos de posición dominante que restringen la competencia porque buscan a desestabilizar los otros prestadores, a veces, con el fin de acapararse partes de su mercado. Esos abusos, los detalla la Ley 142/94, en sus artículos 34 y 133, el primero artículo trata de las prácticas abusivas que ocurren en el mercado a respecto de los otros prestadores (segunda dimensión), mientras que el artículo 133 se focaliza en los abusos que ocurren entre las empresas prestadores y sus usuarios (primera dimensión), que también restringen la competencia, pero de manera más indirecta.

⁴⁵ Artículo 14.13 de la Ley 142 de 1994

En segundo lugar, tenemos la información perfecta que es otra faceta de la competencia perfecta porque, esta, se puede realizar únicamente si todos los actores económicos y los consumidores tengan acceso a una información completa sobre los bienes, los servicios y los otros prestadores.

Tercero, encontramos las externalidades que designan los comportamientos de individuos que tienen una incidencia en el mercado de manera positiva o negativa, incidencias que tienen un costo que no incumbe a la persona que lo crea.

La cuarta falla ocurre cuando los bienes públicos son escasos y que no todas las personas pueden acceder a estos y, por otro lado, la concurrencia privada genera oferta a la cual pueden acceder solamente las personas que tienen capacidad de pago.

Para terminar, los mercados incompletos suceden cuando el mercado no suministra de manera suficiente ciertos bienes y un ejemplo concordante puede ser la falta de cobertura de los servicios públicos.

La observación de las fallas del mercado nos da la primera condición de la existencia de la regulación estatal que es la presencia de un mercado (SÁNCHEZ Y VILLEGAS, 2001) que quiere alcanzar la ausencia de fallas y ser de competencia perfecta. La segunda condición es la existencia de fallas dentro de este mercado que justifican y condicionan, al mismo tiempo, la intervención del Estado Regulador. Las justificaciones de la regulación crean dudas sobre el *por qué* el Estado empresario, que prestaba directamente los servicios públicos poco rentables para satisfacer las necesidades básicas de la población, se cambió en un Estado Regulador para proteger el juego de un mercado libre y de competencia perfecta. La respuesta nos la da la Corte Constitucional al sostener que: "*El sistema económico consagrado en la Constitución parte de la misma premisa de que la empresa, reunión simbiótica de capital y de trabajo, es la base del desarrollo y del bienestar*"⁴⁶ es decir, que la empresa tiene una función "social" dentro del mercado que se desarrolla a través de una competencia perfecta y una actividad económica libre que estimulan los incentivos dentro del mercado. Esa función social permite alcanzar el *bien común* constituido por el desarrollo y el bienestar. Efectivamente, la idea es que el mercado satisfaga a las necesidades de la población gracias a una oferta extensa de bienes y servicios que permita, a los usuarios, elegir una oferta, entre varias propuestas, que corresponda lo más a sus aspiraciones en términos de precio, calidad y accesibilidad. Supuestamente, este sistema permite también a los usuarios acceder a precios más bajos que dentro de un mercado poco competitivo.

La consecuencia de este sistema económico constituye la segunda limitación de la intervención del Estado que es el cambio del interés estatal que se alinea en el interés de un mercado libre y competi-

⁴⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-251 de 1993. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz

tivo participando al bienestar económico de la población. Por esa razón, el Estado ya no tiene que prestar directamente los servicios públicos pero, más bien, dejar su prestación a empresas que cumplen una función, indirectamente, social. En consecuencia, la regulación tiene como principal fin promover las libertades económicas para que los agentes económicos puedan entrar fácilmente en el mercado (libertad de entrada) y ejercer libremente su actividad (libertad de empresa), lo que los monopolios estatales no permitían por su presencia porque el Estado, al reservarse esas determinadas actividades, excluía, de facto, la posibilidad de un mercado.

Ese primer párrafo edifica la primera faceta de la regulación descrita por SÁNCHEZ Y VILLEGAS (2001, p. 12) que la definen como "*la respuesta ad hoc a los eventos económicos o la percepción de las fallas del mercado*", es decir, una intervención estatal indirecta porque es el mercado que tiene la iniciativa para desencadenar la intervención estatal con sus fallos.

Pero, la teoría económica no es suficiente para explicar los fundamentos de la regulación como lo precisa FERNEY MORENO (2016, p. 6), porque no hay que olvidarse de las doctrinas jurídicas que fundamentan la regulación "*en el interés general, en el bien común y en la prevalencia del orden público*", y agrega que "*el concepto de interés general o público y de bien común se concreta en los objetivos públicos*". Por objetivos públicos, se entiende los objetivos económicos conformes a un mercado competitivo, pero también los objetivos sociales del Estado Social de Derecho⁴⁷. Entendido así, el interés general en Colombia es derivado de la teoría de ADAM SMITH que, en su obra *La Riqueza de las Naciones* (1776), explica el interés general como la suma de los intereses individuales, y suponemos que los intereses estatales forman parte de estos intereses al igual que los otros intereses. Por consiguiente, la regulación es también fundamental para cumplir los objetivos del Estado Social de Derecho respecto a los servicios públicos.

En efecto, la Corte Constitucional⁴⁸ nos confirma la conciliación de la regulación entre objetivos económicos y objetivos sociales describiendo la regulación como "*una eficaz herramienta constitucional tendiente a evitar que la sola operancia de las leyes del mercado pueda desdibujar los fines sociales de nuestro Estado.*" Este análisis deductivo demuestra que las finalidades económicas del mercado, como las sociales del Estado, constituyen los objetivos materiales de la función de regulación y este es el reflejo de un sistema de economía mixto. Este sistema de economía mixto permite conciliar la intervención estatal y el funcionamiento del mercado, sin que los dos estén opuestos. Y, obviamente, es la Constitución Política de 1991 que desarrolla este sistema mixto denominado, también, *modelo de economía social de mercado* por la Corte Constitucional, modelo en el que se

⁴⁷ Descritos en la P.I, Cap. I, I.1, 1.1, B)

⁴⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-1162/00, M.P Dr. José Gregorio Hernández Galindo

“admite que la empresa es un motor de desarrollo social y por esta vía se reconoce la importancia de una economía de mercado y la promoción de la actividad empresarial, pero por otro, le asigna al Estado no sólo la facultad sino la obligación de intervenir en la economía con el fin de remediar la fallas del mercado y promover el desarrollo económico y social”⁴⁹.

En suma, el Estado Social de Derecho es una organización que concilia objetivos de naturaleza económica y social dentro de un sistema de economía social de mercado que permite la intervención económica del Estado, a través de la regulación, con los fines de promover el mercado y cumplir con sus finalidades sociales a respecto de los servicios públicos⁵⁰.

Ahora bien, si la teoría económica nos aclaró sobre la conciliación teórica de la intervención estatal y del mercado, ¿cómo se plasma esa conciliación dentro del marco normativo colombiano?

1.2.2. LA CONCILIACIÓN MATERIAL DE LA CONSTITUCIÓN Y LA LEY 142 DE 1994 : ENTRE EFICIENCIA ECONÓMICA Y BIENESTAR SOCIAL

La conciliación material de la Constitución y de la Ley 142/94 designa la traducción normativa de la teoría económica que acabamos de analizar, a saber cómo, materialmente y jurídicamente, se concilia Estado y mercado. Por una parte, la Constitución Política de 1991 consagra limitaciones explícitas a las libertades económicas para armonizarlas con los intereses de la sociedad (A). Por otra parte, la Constitución, con la Ley 142/94, condiciona la intervención estatal para promover la armonización entre todos los intereses con el fin de alcanzar el bien común (B).

1.2.2.1 LIMITACIONES CONSTITUCIONALES DE LA LIBERTAD ECONÓMICA: PARA SU ARMONIZACIÓN CON LOS INTERESES DE LA SOCIEDAD

La conciliación de esas metas de diferente naturaleza, económicas y sociales, supera el debate tradicional alimentado por las ideologías tradicionales, a saber si el Estado debe intervenir o no en la economía. Es decir que ya no estamos en la oposición del socialismo, en el cual la economía es planificada exclusivamente por el Estado, al liberalismo clásico que rechaza todo tipo de intervención estatal, sino en un sistema mixto que concilia intervención estatal y mercado. En este sentido, la Constitución colombiana, reflejo de un Estado mixto, proclama principios económicos liberales y principios propios de un Estado intervencionista, considerando que los dos no pueden disociarse (FERNEY MORENO, 2016). Este modelo borra el debate sobre la intervención o no del Estado por-

⁴⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-263 de 2011, M.P Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

⁵⁰ Véase supra Parte I, Cap. I, I.1, 1.1 B)

que, finalmente, el debate es saber en qué condiciones el Estado debe intervenir, especialmente en los servicios públicos domiciliarios.

La primera consecuencia que emana de la organización de un Estado mixto es que la libertad de empresa y la libre competencia no son absolutas, es decir, que son limitadas según una doble perspectiva resaltada por la Corte Constitucional:

“En primer término, **la necesidad de hacer compatible la iniciativa privada con los intereses de la sociedad implica que los agentes de mercado autorrestringan sus actividades en el mercado**, con el fin de evitar que un uso abusivo de las libertades constitucionales impidan el goce efectivo de los derechos vinculados con dichos bienes valores. De otro lado, **los límites a la libertad económica justifican la intervención estatal en el mercado (...)** Nótese que la intervención del Estado en la economía apunta a la corrección de desigualdades, inequidades y demás comportamientos lesivos en términos de satisfacción de garantías constitucionales⁵¹. (Destacado fuera de texto)

En cuanto a la primera perspectiva evocada por la Corte Constitucional, encontramos, en la Constitución Política, varias expresiones de las limitaciones a la libertad económica con el fin de armonizarla con los otros “intereses de la sociedad”. La primera expresión, la erige el artículo 333 que considera que “la actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común”. El bien común se diferencia del interés general, porque el interés general es el interés propio que persigue el Estado Social de Derecho, ya que el artículo primero de la Constitución asocia el Estado Social de Derecho al interés general. Por “interés propio” del Estado Social de Derecho, entendemos que el interés general está constituido por las finalidades propias del Estado Social de Derecho, las que fundamentan y motivan su acción. En cambio, si la libertad económica participa a las finalidades sociales del Estado, como lo hemos constatado, especialmente en cuanto a los servicios públicos ya que es una actividad económica inherente a la finalidad social del Estado⁵², no constituye propiamente su interés, sino indirectamente, porque no es el Estado que goza de la libertad económica. Por esa razón, el CAPÍTULO V de la Constitución se titula “De la finalidad social del Estado y de los servicios públicos”, título que marca el vínculo de interdependencia entre los dos, pero que marca también la autonomía entre ellos por la conexión “y”. En este sentido, el bien común, como lo insinúa el artículo 333, reúne en su seno, el interés económico de los particulares y el interés general del Estado Social de Derecho, a lo cual participa el interés económico.

⁵¹ Corte Constitucional, Sentencia C- 228 de 2010. M.P Dr. Luis Ernesto Vargas Silva

⁵² Artículo 365 de la Constitución de 1991

Si el bien común se concreta en los objetivos públicos, como lo ha señalado FERNEY MORENO (2016), entonces significa que el bien común busca la conciliación de los intereses económicos, que quieren satisfacer su interés lucrativo, con los intereses colectivos (interés general) que se asimilan a las finalidades sociales del Estado y que necesitan, para cumplirse, de incentivos económicos.

En consecuencia, la visión constitucional colombiana considera que la libertad económica traída por el modelo privado de gestión no se opone al bien común y, aún más, lo vuelve efectivo porque permite alcanzar un bienestar económico. En efecto, “hace parte de esta libertad la canalización de “recursos privados, por la vía del incentivo económico, hacia la promoción de concretos intereses colectivos y la prestación de servicios públicos. En esa posibilidad se aprecia una opción, acogida por el constituyente, para hacer compatibles los intereses privados, que actúan como motor de la actividad económica, con la satisfacción de las necesidades colectivas (...)”⁵³. Concretamente, la “canalización” o la limitación de las libertades económicas es necesaria para que, estas, participen a la concreción de los intereses colectivos, pero esa canalización es más bien una manera de guiar esos intereses particulares hacia un sentido común. Por esa razón, si la empresa tiene derechos y libertades, ella tiene también obligaciones⁵⁴ que dimanen de su función social. Es decir que, si la empresa actúa sin cometer abuso de sus libertades y tomando en cuenta los intereses y las necesidades de los usuarios, entonces cumplirá con su función social.

En este sentido también, el segundo inciso del artículo 333 de la Carta Política dispone que “La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades”. Esa disposición constitucional da a la libre competencia una dimensión colectiva transformándola en un *derecho de todos* que supone deberes. Efectivamente, un abuso de este derecho, o el uso para su beneficio propio, puede vulnerar los derechos de los usuarios y de los otros prestadores, incluso las finalidades sociales del Estado, que constituyen los intereses de la sociedad. En este orden de ideas, la Corte Constitucional preconiza “evitar que comportamientos contrarios al mercado conlleven a que la libre competencia no sea un derecho en beneficio de todos”⁵⁵ y la Ley 142/94 precisa esos comportamientos contrarios al mercado, dentro de los cuales encontramos las prácticas abusivas clásicas como “La prestación gratuita o a precios o tarifas inferiores al costo, de servicios adicionales a los que contempla la tarifa” o “Las que dan a la empresa la facultad de disolver el contrato o cambiar sus condiciones o suspender su ejecución, o revocar o limitar cualquier derecho contractual del sus-

⁵³ Corte Constitucional, Sentencia C-228 de 2010, M. P Luis Ernesto Vargas Silva

⁵⁴ Inciso 3 del artículo 333 de la Constitución Política de 1991.

⁵⁵ Corte Constitucional C-150/03, M.P Dr. Manuel José Cepeda Espinosa

criptor o usuario, por razones distintas al incumplimiento de este o a fuerza mayor o caso fortuito”⁵⁶.

La exposición anterior demuestra la sutil ecuación entre las finalidades sociales del Estado social de derecho y los intereses económicos que desvela una relación de interdependencia entre los dos, porque las finalidades sociales del Estado no se podrían cumplir sin la función social de la empresa, que, ella misma, no se podría cumplir sin el reconocimiento de la libertad económica que alimenta un mercado eficiente. Esa ecuación constituye el bien común.

Sin embargo, las limitaciones constitucionales de la libertad económica no son suficientes para armonizar los diferentes intereses porque cuentan, principalmente, con una colaboración de los actores económicos para cumplirse. Por eso, la segunda perspectiva evocada por la Corte Constitucional es esencial; y es la intervención estatal justificada por las limitaciones económicas.

1.2.2.2. UNA INTERVENCIÓN ESTATAL NACIDA DE LAS LIMITACIONES A LA LIBERTAD ECONÓMICA, ELEVADA HACIA EL BIEN COMÚN

Las limitaciones a las libertades económicas justifican la intervención estatal en la economía para luchar en contra de los comportamientos abusivos que obstruyen esas libertades, lo que vamos a ver más en detalle a través de la función de regulación. Pero también, esa intervención estatal se justifica por su voluntad de conciliar objetivos económicos y sociales, por esa razón tiene que ser razonable y proporcionada, respetar el núcleo esencial de las libertades económicas y el principio de solidaridad⁵⁷.

La base constitucional de esa intervención se puede encontrar en el artículo 58 de la Constitución que estipula claramente que, en caso de conflicto entre una ley motivada por la utilidad pública o el interés social con los derechos de los particulares, como el derecho a la libre competencia y a la libre empresa, “el interés privado deberá ceder al interés público o social”. Es decir que el Estado puede limitar la libertad económica, cuando la utilidad pública o el interés social lo impide, eso por medio de la ley, sin negar la libertad económica, y con una intervención justificada.

En primer lugar, el artículo 333 demuestra cómo se tiene que justificar la intervención del Estado porque prevé que la limitación de la libertad económica ocurrirá “cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.”. El verbo exigir supone que no haya otra solución para cumplir con el interés social, ambiental o cultural que restringir la libertad económica.

⁵⁶ Artículo 34.2 y 133.2 de la Ley 142 de 1994

⁵⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-228 de 2010, M. P Luis Ernesto Vargas Silva

En este sentido, el artículo 365 de la Carta Política nos da un ejemplo concreto de restricción de la libertad económica, con el fin de perseguir el interés social, cuando concibe la posibilidad para el Estado de “reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos”, es decir constituir un monopolio, “por razones de soberanía o de interés social”. La posibilidad de monopolio de derecho, limitativo de la libertad económica, instituida por la Constitución parece muy amplia y analizaremos el régimen y las condiciones de esta posibilidad para saber si es tan amplia, como lo parece⁵⁸.

En segundo lugar, el artículo 334 evidencia la idea de proporcionalidad que el Estado tiene que respetar cuando interviene en general en la economía ya que:

“Este intervendrá (...) para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano”.

En efecto, al intervenir para racionalizar la economía, el Estado podrá cumplir sus fines sociales descritos, y en caso de que tiene que usar recursos públicos para cumplir sus finalidades sociales, tiene que hacerlo en aras de una sostenibilidad fiscal, es decir buscar financiamientos legales y sin crear un déficit público “irracional”. La proporcionalidad de la intervención estatal se instituyó en contra de las intervenciones estatales del antiguo régimen de 1936 cuando el Estado intervenía de manera directa, asignando sus recursos públicos en la economía sin restricción, lo que creaba una situación de desigualdad con respecto al sector privado, que solo puede intervenir económicamente en condiciones de rentabilidad. Entonces, la obligación de sostenibilidad fiscal para el Estado traduce un restablecimiento de condiciones de igualdad entre el sector privado y el sector público, para que el primer sector no se vea limitar su libertad económica por las intervenciones estatales injustificadas y ominosas para la economía.

Sin embargo, para aliviar esa obligación de sostenibilidad fiscal, se encuentra la prioridad del *gasto público social*, lo que parece dar un balance en favor del cumplimiento de las finalidades sociales del Estado cuando se tropieza con las variables de sostenibilidad fiscal y de racionalidad económica. El artículo 366 también hace referencia al gasto social y su prioridad en “los planes y presupuestos de la Nación y de las entidades territoriales”, lo que demuestra la primera importancia del gasto social en el presupuesto estatal para alcanzar los fines sociales, siempre el marco de una sostenibilidad fiscal.

⁵⁸ PARTE I, CAP. 2.

Asimismo y lógicamente, el gasto social tiene eco en los criterios tomados en cuenta para fijar las tarifas de los servicios públicos que son “los costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos”⁵⁹. La referencia al criterio de los costos recuerda la racionalización económica del artículo 334 que se concilia con el aspecto social de los criterios de “solidaridad y redistribución de los ingresos”. Estos dos últimos criterios significan que “los usuarios de los estratos altos y los usuarios comerciales e industriales, ayuden a los usuarios de estratos bajos a pagar las tarifas de los servicios”⁶⁰ a través un sistema de subsidios. Pero, no solamente los usuarios favorecidos financian los subsidios ya que los subsidios son cruzados, es decir que, por otra parte, la Nación, los Departamentos y los Municipios participan a estos subsidios. Las contribuciones solidarias por parte de los usuarios según sus ingresos son medidos a través de un sistema de estratificación inmobiliaria « socioeconómica » dirigida por los municipios⁶¹. Es así, que los estratos 1, 2 y 3 son financiados, respectivamente, a 50%, 40% y 15% máximo del costo medio del suministro, por las contribuciones de los estratos 5 (50%) y 6 (60%) y por los sectores comercial (50%) y industrial (30%). A través de esta solidaridad, se limita también la libertad de fijar los precios por los prestadores de servicios públicos porque deben tomar en cuenta esa solidaridad hacia los usuarios de menores ingresos y otras condiciones que explicaremos en el estudio de la regulación tarifaria. La intervención estatal a través de un gasto social que altera la reglas habituales de la libertad económico se justifica por el fin de cumplir los objetivos sociales y constitucionales de acceso al servicio público para las personas de menores ingresos⁶², la prestación eficiente de los servicios públicos a todos los habitantes⁶³, y el mejoramiento de la calidad de vida de las personas⁶⁴.

Conclusión parcial y transición.

Los fundamentos del modelo de prestación de los servicios públicos son complejos porque revelan una conciliación innovadora entre un Estado de Bienestar y un simple Estado de Derecho que dio luz a una asignación de competencias sutil entre el Estado y la economía con respecto a la prestación de los servicios públicos. Por un lado, la prestación de los servicios públicos es una actividad económica prestada en las condiciones de un mercado competitivo que supone la protección y el

⁵⁹ Artículo 367 de la Constitución

⁶⁰ Artículo 87.3 de la Ley 142 de 1994

⁶¹ Artículo 101 de la Ley 142 de 1994

⁶² Artículo 333 de la Constitución Política de 1991

⁶³ Artículo 365 de la Constitución de Política 1991

⁶⁴ Artículo 366 de la Constitución de Política 1991

respecto de la libertad económica por el Estado. Por otro lado, el Estado Social de Derecho tiene que cumplir con sus numerosas finalidades sociales, no a través de la prestación directa de los servicios públicos como antes, aunque esa posibilidad es prevista por la Constitución, sino a través un papel de regulación, control, inspección, vigilancia y asignación del gasto social según ciertas condiciones que no pueden entorpecer la libertad económica y el mercado.

Esa convivencia rígida, en el sentido que ni el Estado, ni el mercado tienen la ventaja, permite, en la propuesta constitucional, el alcance del bien común. Sin embargo, si el modelo de prestación de los servicios públicos domiciliarios toma sus raíces en la Constitución, sus ramas y sus modalidades se desarrollan, principalmente, en la Ley de 142 de 1994, cuyo análisis nos permitirá evaluar la materialización legal de los objetivos constitucionales (CAPÍTULO II).

CAPÍTULO II. EMANACIONES JURÍDICAS DEL MODELO DE PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS: EL RÉGIMEN DE LA LEY 142/94

El modelo de prestación de los servicios públicos domiciliarios marca su primer paso en la realidad a través de la Ley 142 de 1994 que da vida jurídica a los fundamentos contenidos en la Constitución a través de la edificación de un modelo empresarial de prestación de los servicios públicos domiciliarios (2.1) y la definición de las herramientas de la intervención estatal necesarias a la armonización de las libertades económicas y de las finalidades sociales y estatales (2.2).

2.1. UN MODELO EMPRESARIAL DE PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS POR OPERADORES EN COMPETENCIA

Aunque, ni la Constitución, ni la ley hacen una referencia directa a un “modelo empresarial”, las características principales del modelo suponen esa naturaleza empresarial. En primer lugar, se caracteriza por la naturaleza de los prestadores que son operadores que actúan en condiciones de igualdad y de competencia (2.1.1). En segundo lugar, el modelo se caracteriza por el rechazo de la forma monopolística de prestación de los servicios públicos (2.1.2).

2.1.1. IGUALDAD ENTRE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

La consecuencia de la proclamación y de la protección constitucional de la libre competencia y de la libre empresa es la igualdad entre los diferentes prestadores de los servicios públicos domiciliarios. Esa igualdad tiene una doble dimensión, primero, supone que cualquier persona natural o jurídica pueda prestar un servicio público domiciliario (libre competencia) y, segundo, que todo prestador pueda ejercer su actividad de prestación de servicio público en las mismas condiciones (libre empresa).

Efectivamente, la libertad de empresa y la libre competencia entrañan la libertad de entrada en el mercado para cualquier persona para que ejerza la actividad económica de prestar los servicios públicos. En aras de esta libertad, la Ley 142/94 prevé que « Es derecho de todas las personas organizar y operar empresas que tengan por objeto la prestación de los servicios públicos, dentro los límites de la Constitución y la ley »⁶⁵, lo que recuerda la disposición constitucional⁶⁶ según la cual, la

⁶⁵ Artículo 10 de la Ley 142 de 1994

⁶⁶ Artículo 365, inciso 2 de la Constitución

prestación de servicios públicos se puede operar por el Estado (indirectamente o directamente), las comunidades organizadas y los particulares. Más precisamente, la Ley 142/94⁶⁷, precisa las subcategorías jurídicas de las personas que pueden prestar un servicio público que son; las empresas de servicios públicos; 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; los municipios cuando asuman la prestación directa; las organizaciones autorizadas a prestar los servicios públicos en municipios menores en zonas rurales o en áreas o zonas urbanas específicas (comunidades organizadas); y las entidades descentralizadas que son las empresas industriales y comerciales del Estado hasta que se convirtieran en empresa de servicios públicos.

El abanico de las personas naturales o jurídicas que pueden prestar un servicio público domiciliarios es bastante amplio porque encaja empresas privadas, entidades y empresas públicas, particulares y comunidades, lo que ilustra la presencia de una libertad de entrada en el sector de los servicios públicos, a primera vista. Efectivamente, no parece importar la forma jurídica de las personas prestadoras o la naturaleza del capital (público o privado).

No obstante, la forma la más privilegiada es la Empresa de Servicios Públicos (ESP) porque, al anunciar quién puede prestar los servicios públicos domiciliarios, a todos los otros prestadores (excepto la ESP), la ley les precisa la situación específica en la que pueden intervenir para prestar un servicio público. Por ejemplo, las organizaciones autorizadas pueden prestar un servicio público sólo en zonas rurales o en zonas urbanas específicas. Esas menciones significan que si el Estado, los municipios, las comunidades organizadas y los particulares quieren prestar un servicio público, es porque una situación específica lo impone. Las menciones a esas situaciones específicas por la ley suponen, que en condiciones habituales, la prestación de los servicios públicos se tiene que llevar por una Empresa de Servicios Públicos, lo que nos va a confirmar el análisis de las condiciones de prestación de los prestadores “alternativos”.

Efectivamente, la Ley 142/94 aplica un régimen a los prestadores de servicios públicos que no son ESP que se basa sobre el modelo de la Empresa de Servicios Públicos cuando anuncia que “Todos los prestadores quedarán sujetos (...) a todo lo que esta Ley dispone para las empresas y sus administradores y, en especial, a las regulaciones de las Comisiones, al control, inspección y vigilancia de la Superintendencia de Servicios Públicos (...)”⁶⁸.

⁶⁷ Artículo 15 de la Ley 142 de 1994

⁶⁸ Artículo 3.9 de la Ley 142 de 1994

En consecuencia, tenemos un modelo de prestación de los servicios públicos domiciliarios eminentemente empresarial que implementa una igualdad entre los prestadores que se acerca a una uniformidad porque la forma jurídica favorecida es la Empresa de Servicios Públicos. Es decir, que el régimen aplicado a los prestadores niega su forma inicial ya que se diseñó exclusivamente según la estructura y los comportamientos de una empresa. Por tanto, se pretende que no haya tratamiento preferencial para ninguno de los prestadores, excepto la Empresa de Servicios Públicos, porque tiene la forma que corresponde al régimen, lo que la hace más adecuada. Privilegiar la forma jurídica de la Empresa de Servicios Públicos tiene como origen la teoría económica liberal⁶⁹ de la cual se deriva la lucha en contra de la intervención económica del sector público, por eso, este, no puede prestar el servicio público bajo de su forma habitual, que le permitiría la aplicación de reglas que le favorecen a él. Por el contrario, la posibilidad de que un servicio público sea prestado por el Estado, incluso las entidades territoriales como el municipio, parece ser una solución de último recurso, lo vamos a ver en el segundo punto de este CAPÍTULO II⁷⁰.

Además, la Ley 142/94 privilegia la estructura jurídica de la sociedad por acciones⁷¹ para prestar los servicios públicos domiciliarios que es sometida a las reglas del derecho privado del Código de Comercio. En efecto, existe varias ventajas cuando el capital se representa en acciones, como la estimulación de la competencia porque la división en acciones es un incentivo que facilita la inversión, que sea privada o pública, y también aumenta la capacidad de una empresa a actuar y generar incentivos en el mercado (ÑÚNEZ FORERO, 2017).

Igualmente, si la prestación de los servicios públicos por el sector público de manera directa no es favorecida por el régimen de la Ley 142/94, se le permite intervenir a través de participaciones públicas al capital de las Empresas de Prestación de Servicios Públicos. Sin embargo, esas participaciones públicas tienen que respetar varias condiciones específicas para que no vulneren la igualdad de los prestadores de los servicios públicos están sometidas a reglas más exigentes. Por ejemplo, la Ley 142/94 establece que, cuando las entidades públicas participen en el capital de las empresas de servicios públicos, « *no podrán otorgar ni recibir de las empresas privilegio o subsidio distinto de los que en esta Ley se precisan* »⁷². También, los otros artículos del CAPÍTULO II de la Ley 142 de 1994 persiguen la misma finalidad, a saber que la participación pública influya lo menos en la administración de las Empresas de Servicios Públicos, especialmente las del Estado, para que no se

⁶⁹ analizada en el CAPÍTULO I

⁷⁰ CAPÍTULO II, 2.2.

⁷¹ Artículo 17 de la Ley 142 de 1994

⁷² Artículo 27 de la ley 142 de 1994

transformen en un instrumento de política pública que podría desestabilizar la competencia en el mercado y reducir su eficiencia. Al final, si el derecho privado que se aplica a los aportes públicos en las Empresas prestadoras de Servicios Públicos, es para que la aplicación del derecho administrativo no de ventajas injustificadas al sector público. En este sentido, la prestación de los servicios públicos se maneja bajo las mismas condiciones económicas y jurídicas para todos, sin importar su capital.

Pero existe una excepción a la igualdad y a la libertad económica de los prestadores de servicios públicos constituida por las áreas de servicio exclusivo (ASE). En efecto, cuando la competencia directa *en* el mercado no permite lograr el objetivo de acceso universal a los servicios públicos, se implementa una competencia *por* el mercado, es decir a la entrada del mercado. En efecto, “por motivos de interés social y con el propósito de que la cobertura (...) se pueda extender a las personas de menores ingresos”⁷³ se puede establecer un monopolio de derecho. La idea es que una empresa pueda prestar un servicio público domiciliario sin que haya otro competidor que preste el mismo servicio en el mercado. Obviamente esta posibilidad tiene límites, primero tiene que estar justificada por un interés social o por la voluntad de extender la cobertura a personas de menores ingresos. Segundo, conciernen únicamente los servicios públicos domiciliarios objetos de la Ley 142/94. Tercero, la iniciativa nace de las entidades públicas responsables quienes, por invitación pública, van a atraer empresas deseosas de prestar el servicio durante un tiempo determinado y en un espacio geográfico delimitado. Al final del proceso, se elige una empresa que prestará el servicio público a través de una licitación pública que se obtuvo a través de una competencia entre varias empresas a la entrada del mercado.

Para resumir, la igualdad de los prestadores de servicios públicos domiciliarios, como consecuencia de la libertad económica, es la base fundamental del modelo de prestación de los servicios públicos. Hasta la excepción de las ASE se logra a incluir la variable de la competencia a la entrada del mercado.

Así, y de manera lógica, la intervención estatal directa en la prestación de los servicios públicos, y en condiciones de monopolio, es una excepción bastante restringida.

2.1.2. LA EXCEPCIÓN DE LA INTERVENCIÓN ESTATAL EN LA PRESTACIÓN DE LOS SPD.

Si el Estado puede intervenir, más o menos de manera libre, a través del sistema de las acciones financieras en las Empresas de Servicios Públicos y crear empresas, no puede prestar libremente y

⁷³ Artículo 40 de la Ley 142 de 1994

directamente un servicio público. En este sentido, el régimen jurídico de la Ley 142/94 aplica en gran parte la Constitución, pero desarrolla también su propia visión, haciendo de la prestación directa de los servicios públicos por el Estado una excepción.

En primer lugar, la Constitución muestra su hostilidad al respecto de los monopolios en general cuando dispone que “Ningún monopolio podrá establecerse sino como arbitrio rentístico, con una finalidad de interés público o social y en virtud de la ley”⁷⁴. Por esa razón, el monopolio estatal se volvió casi imposible bajo la Constitución de 1991⁷⁵ ya que las condiciones de creación de un monopolio estatal en la prestación de los servicios públicos imponen que se presente circunstancias excepcionales. Igualmente, no se menciona directamente el término de “monopolio” en el artículo 365 de la Constitución, para no resaltar las prácticas monopolísticas anteriores a 1991 y no dar un valor constitucional al monopolio relacionado con los servicios públicos.

No obstante, se implementa la posibilidad para el Estado de reservarse “determinas actividades estratégicas o servicios públicos” y la acción de “reservarse” supone excluir, *de facto*, cualquier otro competidor que no forme parte del Estado, lo que constituye un monopolio. Obviamente, la condición al implementar una exclusividad sobre una actividad estratégica o un servicio público es la indemnización a los particulares que se vieron privados de ejercer la actividad reservada. También, la intervención del Estado tiene que ser justificada por razón de soberanía o interés social. Pero, el requisito que vuelve esa opción de monopolio poco probable es que necesita ser ratificada por una ley aprobada “por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno”⁷⁶. Si los requisitos son tan exigentes y difíciles de cumplir es porque el monopolio estatal constituye una limitación a la libertad económica y que no está considerado como eficiente prestar un servicio público bajo un monopolio estatal según la teoría económica que inspiró la Constitución Política. Además, la Ley 142 de 1994 no hace ninguna referencia a la posibilidad de monopolio estatal en la prestación de los servicios públicos domiciliarios.

La única prestación estatal y directa de los servicios públicos prevista legalmente es la ejercida por los municipios, en caso de último recurso. En cuanto a los municipios, si quieren prestar un servicio público domiciliario directamente, lo pueden realizar cada municipio « (...) *cuando las características técnicas y económicas del servicio y las conveniencias generales lo permiten y aconsejen...* »⁷⁷. Esas características técnicas y económicas, las precisa la Ley 142/94 a través de

⁷⁴ Artículo 336 de la Constitución

⁷⁵ Artículo 365 de la Constitución

⁷⁶ *Ibidem*

⁷⁷ Artículo 367 de la Constitución

varios requisitos que estableció⁷⁸. El primero requisito es que el municipio haya invitado públicamente a las Empresas de Servicios Públicos para que prestaran el servicio, y que no haya ninguna que se ofreciera a prestarlo. El segundo requisito, es que el municipio haya hecho otra 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*”⁷⁹. Los requisitos establecidos por la Ley 142/94 obligan los municipios a privilegiar la prestación de los servicios públicos por Empresas de Servicios Públicos, que sean privadas o públicas.

Pero la ley ofrece otra posibilidad al municipio para prestar el servicio público directamente, aunque haya empresas que desean prestarlo. Por eso tiene que demostrar si tiene las características económicas adecuadas para prestarlo y el Superintendente tiene que aprobar, vía estudios, si las tiene. Esas características se dirigen a saber si “*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*”⁸⁰. Es decir, que el municipio tiene que competir con las empresas que quieren prestar el servicio público. Además, la ley precisa firmemente que la prestación directa de servicios públicos por parte de un municipio no supone la constitución de un monopolio estatal⁸¹.

Cuando los municipios quieran o deban prestar un servicio público domiciliario, se parece que la ley es más exigente que con las Empresas de Servicios Públicos en las condiciones de establecimiento de esta prestación, pero también en las condiciones mismas de prestación. La primera razón es porque el municipio que presta un servicio público directamente tiene que actuar como una empresa ya que tiene que separar la contabilidad del servicio de su contabilidad como municipio⁸². También su contabilidad tiene que distinguir entre los ingresos y los gastos del servicio público, y no mezclarla con las rentas obtenidas por del municipio como autoridad política⁸³. Las condiciones de prestación directa de los servicios públicos por los municipios obedecen a la voluntad de que el municipio no goce de ventajas por ser entidad pública que los otros prestadores no tienen. La segunda razón es que la ley precisa como un tipo de régimen de sanciones aparte para los munic-

⁷⁸ Artículo 6 de la Ley 142 de 1994

⁷⁹ Artículo 6.2 de la Ley 142 de 1994

⁸⁰ Artículo 6.3 de la Ley 142 de 1994

⁸¹ Artículo 6.4, inciso 4 de la Ley 142 de 1994

⁸² *Ibidem*, inciso 1.

⁸³ *Ibidem*, inciso 1.

pios⁸⁴ cuando prestan uno o varios servicios públicos de forma en la que no se respete las normas de calidad, los derechos de los usuarios y la contabilidad adecuada. Efectivamente, si viene a pasar esos incumplimientos, el Superintendente puede sancionar directamente los alcaldes y los administradores del municipio, invitar una empresa para que preste el servicio en lugar del municipio y, encima, imponer una servidumbre sobre los bienes municipales necesarios para que la empresa preste el servicio público.

Finalmente, el régimen previsto por la Ley 142/94 no favorece, de ninguna manera, la prestación directa de los servicios públicos por los municipios debido a la presencia de condiciones que restringen ese tipo de prestación y porque no se funda en la simple voluntad del municipio de ejercer esa actividad, como es el caso para las empresas. Digamos que la prestación directa de un servicio público por el municipio es una solución de último recurso según las palabras del Profesor NÚÑEZ FORERO (2017).

La implementación de un modelo empresarial que privilegia las Empresas de Servicios Públicos para la prestación de estos, y endurece las condiciones de prestación por las entidades estatales, es relacionada con el cambio de papel del Estado empresario en Estado regulador que, también, controla, inspecta y vigila los prestadores.

2.2. INSTRUMENTOS DE LA INTERVENCIÓN ESTATAL EN LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

La intervención estatal en los servicios públicos domiciliarios pretende cumplir los fines del Estado Social de Derecho que comprende las finalidades sociales y la protección de las libertades económicas a través de un papel de regulación (2.2.1.) y de control, inspección y vigilancia de los prestadores (2.2.2.) que constituyen una intervención indirecta del Estado.

2.2.1. LA REGULACIÓN POR LAS COMISIONES DE REGULACIÓN

2.2.1.1 NATURALEZA DE LA COMISIONES DE REGULACIÓN

Como ya lo señalamos, la Constitución Política de 1991 no crea ningún organismo específico para ejercer la regulación de los servicios públicos, solo sabemos que es una función en cabeza del Estado. Entonces, en cuanto a la naturaleza orgánica de la regulación, interviene el CAPÍTULO III de la Ley 142/94 que crea las comisiones de regulación y trata de la naturaleza de esas entidades. Así,

⁸⁴ Artículo 6.4 inciso 3

tenemos “unidades administrativas especiales, con independencia administrativa, técnica y patrimonial (...)”⁸⁵. La denominación de “unidad administrativa especial” no se encaja en el concepto de “órganos autónomos e independientes” del artículo 113 de la Carta Política ya que estos organismos de regulación forman parte del Sector Central de la Administración Nacional al estar adscritos al respectivo Ministerio y están sometidos al control jerárquico y de tutela.

Igualmente, es importante recordar la diferencia entre la independencia de las comisiones de regulación y la autonomía de órganos como el Banco de la República. En efecto, La autonomía de un órgano tiene un origen constitucional “*en la medida en que tanto 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*”⁸⁶. Significa que ni el poder legislativo, ni el ejecutivo, a través de sus decisiones políticas “*adoptadas por mayorías coyunturales*”⁸⁷ pueden remover o cambiar la esencia de estos órganos porque tendrían que revisar la Constitución. En cambio, las comisiones de regulación gozan de una independencia menos amplia y sólida que la autonomía porque tienen el grado de independencia que les atribuye el legislador.

Por lo tanto, esas comisiones gozan de una triple independencia, una independencia administrativa, en el sentido de que los actos de las comisiones de regulación no son revisables por otras autoridades administrativas. Luego, la independencia técnica se puede traducir por la tecnicidad de las competencias de sus miembros de acuerdo al sector que regulan y la utilización de herramientas técnicas propias que les permitan llevar a cabo su función sin depender de otro organismo técnico. Por último, la independencia patrimonial consiste, para cada comisión, en tener los recursos financieros propios y necesarios para actuar de manera independiente. Esa independencia, lo vamos a desarrollar en adelante, es esencial para luchar en contra de las fallas de gobierno y las fallas del mercado.

Tenemos que recordar, para entender la regulación del sector del acueducto, las particularidades de este sector que JAIME SALAMANCA LEÓN (2001) evoca, como antiguo Director Ejecutivo de la CRA. Primero, hace referencia a los altos costos hundidos en el sector del agua, es decir, que para constituir una empresa prestadora del servicio de acueducto se necesita un capital económico tan importante, que es casi imposible obtener su retorno. Por esa razón, el sector del acueducto es un monopolio natural porque tiene una barrera natural a la entrada del mercado para los pretendientes; tener un capital muy importante que es difícil recuperar. Para recuperar su capital, se necesitaría po-

⁸⁵ Artículo 69 de la Ley 142 de 1994

⁸⁶ Corte Constitucional. Sent. C-150-03 de 2003. MP. Manuel Jose Cepeda Espinosa

⁸⁷ *Ibidem*.

ner tarifas muy altas, lo que no es adecuado para la prestación del servicio público de acueducto. La segunda característica se deduce de la barrera natural de los costos hundidos que impide la entrada de muchos prestadores en el mercado, por eso es un sector poco competitivo. La tercera característica es que el agua es de consumo masivo porque es una necesidad básica esencial, lo que constituye una demanda inelástica en el sentido que no varía mucho.

Las particularidades del sector del agua imponen que las herramientas de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico (CRA) sean adecuadas a los desafíos del sector del agua porque es un sector que necesita muchas competencias técnicas por la tecnología de sus infraestructuras, las normas técnicas a las cuales está sometido y la importancia de una organización con perfil eminentemente técnico.

2.2.1.2 LAS COMPETENCIAS DE LAS COMISIONES DE REGULACIÓN

El análisis del marco constitucional precedentemente nos dio ver la variedad de los fines estatales que persigue el Estado, por consiguiente, entonces suponemos que esta variedad se va a reflejar en una multiplicidad de instrumentos para que el Estado pueda cumplir sus fines.

En primer lugar, las funciones generales de las comisiones⁸⁸ aspiran a promover la competencia a través de la regulación de los monopolios “cuando la competencia no sea, de hecho, posible”, lo que es el caso del sector del agua. En cambio, si la competencia plena es posible, las comisiones tienen que promoverla para alcanzar la eficiencia económica, luchar en contra de los abusos de posición dominante y permitir la calidad de los servicios públicos. Por consiguiente, la CRA tiene que actuar en un mercado en el que la competencia no es, de hecho, posible, y ese tipo de regulación se puede interpretar como la voluntad de integrar ciertos grados de competencia en el sector del agua con el fin de desarrollar la competencia.

Para alcanzar esa meta, la CRA tiene varias herramientas destinadas, entre otras, a estimular la competencia, permitir una prestación eficiente y de calidad, y, por fin, luchar en contra de los comportamientos considerados como desleales a respecto de la competencia (abusos de posición dominante, monopolios...). Esas competencias, contenidas en la Ley 142/94⁸⁹, consisten en definir crite-

⁸⁸ Artículo 73 de la Ley 142 de 1994

⁸⁹ Artículo 73 de la Ley 142 de 1994

rios, fijar normas, señalar pautas generales o establecer fórmulas y condiciones. Esas normas se expiden a través de actos administrativos generales o particulares.

Además, existen tres funciones de intervención en la función reguladora que tienen que ver con la división, la fusión o la liquidación de empresas y de empresas monopolísticas oficiales⁹⁰ para la liquidación. Por un lado, la división y la liquidación se aplican cuando ocurren comportamientos en el mercado que no favorecen la competencia. Por otro lado, la fusión de empresas tiene un objetivo más social porque permite “extender la cobertura y abaratar los costos para los usuarios”⁹¹, lo que no es una medida conforme a un mercado liberal porque no constituye una falla del mercado y podría reducir la competencia.

De manera general, las funciones relativas a la producción de normas por la CRA ilustran la intervención indirecta del Estado que establece normas que los actores económicos tienen que respetar con el fin de guiar el funcionamiento de la prestación de los servicios públicos. Sin embargo, las funciones de fusión, división y liquidación son más concretas, solamente que intervienen cuando ya las fallas están constatadas y establecidas, lo que evidencia que las funciones de las comisiones son más focalizadas en la prevención indirecta.

En cuanto a las funciones específicas de la CRA⁹², no se diferencian de las funciones generales de las comisiones de regulación, ya que se hace referencia también a las funciones de promover la competencia, regular los monopolios, luchar en contra de los abusos de posición dominante y promover servicios de calidad. Esas competencias específicas asignadas a la CRA no demuestran una real adecuación de las funciones de la CRA al sector del acueducto.

Pero, no se puede analizar las competencias de las comisiones de regulación sin hablar de la regulación tarifaria que es la función que es la más representativa de la regulación en Colombia y con la cual se nota realmente la conciliación entre los fines económicos y los fines sociales. En efecto, la regulación tarifaria tiene que tomar en cuenta al prestador del servicio que tiene un interés económico y a los usuarios que tienen la necesidad social de acceder al servicio. Esos intereses se encuentran en los criterios constitucionales para la fijación de los precios previstos en la Constitución política en su artículo 367 que son “*los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos*”, incluidos también en la Ley 142/94.

⁹⁰ Artículo 73.13, 73.14 y 73.15 de la Ley 142 de 1994.

⁹¹ Artículo 73.14 de la Ley 142 de 1994

⁹² Artículo 74 de la Ley 142 de 1994

En su primera etapa, la regulación tarifaria consiste en saber qué tipo de régimen, entre *la libertad regulada*⁹³ y *la libertad vigilada*⁹⁴, se va a aplicar a las tarifas de suministro del servicio público. En otras palabras, es saber si la comisión va a establecer fórmulas tarifarias para los prestadores o si ellos van a fijar libremente los precios. La *libertad vigilada* (libre fijación de tarifas) se aplica cuando la competencia es suficiente entre los proveedores⁹⁵ en el sector, mientras que *la libertad regulada* se aplica cuando la competencia no es plena y suficiente como en el sector del acueducto. La *libertad regulada*⁹⁶ consiste en establecer topes mínimos y máximos tarifarios con la posibilidad de definir “metodologías para determinación de tarifas”, es decir, una guía que la empresa tiene que seguir para fijar sus precios.

Los criterios utilizados para definir el régimen tarifario demuestran una voluntad de compatibilizar el interés del mercado y el interés de los usuarios gracias a los criterios de eficiencia económica, neutralidad, solidaridad, redistribución y suficiencia financiera, simplicidad y transparencia⁹⁷. Por un lado, el criterio de eficiencia económica supone tomar en cuenta los costos económicos de prestación del servicio público y la demanda, mientras que la suficiencia financiera incluye la recuperación de los costos y los gastos de operación. Por otro lado, los criterios de solidaridad y de retribución permiten un mecanismo de financiación de los servicios públicos a los usuarios de estrato bajo por los usuarios de estrato más altos. Pero conciliar dos intereses diferentes es una operación complicada, es por esta razón que la Ley 142/94 precisa que “*Los criterios de eficiencia y suficiencia financiera tendrán prioridad en la definición del régimen tarifario*”⁹⁸, lo que demuestra una prioridad de la visión económica en la regulación estatal.

Sin embargo, el artículo 160 de Ley 142/94 prevé que las Comisiones de regulación y la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios darán, en el ejercicio de sus funciones, “prioridad al objetivo de mantener y extender la cobertura de esos servicios, particularmente en las zonas rurales, municipios pequeños y áreas urbanas de los estratos 1 y 2 (...) sin renunciar a los objetivos de obtener mejoras en la eficiencia, competencia y calidad”. Por consiguiente, si es cierto que se busca un equilibrio entre los objetivos económicos y sociales, las misiones de las Comisiones de regulación y la Superintendencia se juntan a través de una dimensión social común.

⁹³ Artículo 14.10 de la Ley 142 de 1994

⁹⁴ Artículo 14.11 de la Ley 142 de 1994

⁹⁵ Artículo 73.11 de la Ley 142 de 1994

⁹⁶ Artículo 88.1 de la Ley 142 de 1994

⁹⁷ Artículo 87 de la Ley 142 de 1994

⁹⁸ Artículo 87.7 de la Ley 142 de 1994

Y justamente, la otra faceta de la intervención indirecta del Estado es el control, la inspección y la vigilancia de los servicios públicos domiciliarios ejercido por la Superintendencia de los Servicios Públicos Domiciliarios (SSPD).

2.2.2. CONTROL, INSPECCIÓN Y VIGILANCIA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS POR LA SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS (SSPD)

A la diferencia de las comisiones de regulación, la SSPD es de creación constitucional⁹⁹. NÚÑEZ FORERO (2017) interpreta esa creación institucional como la voluntad de dar al Presidente de la República unas facultades para intervenir en el dominio de los servicios públicos, cuando el funcionamiento de estos pueda amenazar el orden público. Efectivamente, las funciones presidenciales de control, inspección y vigilancia de los prestadores de servicios públicos *se ejercen por medio* de la SSPD, y este conjunto de funciones *indirectas* no se basan en una delegación presidencial, a la diferencia de las comisiones de regulación, lo que constituye una especificidad del régimen.

La Ley 142/94 da a la SSPD un carácter técnico, una personería jurídica y una autonomía administrativa porque se originan en la Constitucional y patrimonial. A la diferencia de las comisiones de regulación, la SSPD goza de una autonomía más extensa porque se originan en la Constitución, y gracias también a su personería jurídica que le caracteriza como una entidad de pleno derecho que ejerce su función como una plena responsabilidad jurídica. Esa autonomía reforzada la confirma la Ley “el Superintendente obrará con plena autonomía de criterio al cumplir las funciones que se derivan de la Constitución y de la Ley”¹⁰⁰.

Por otro lugar, el artículo 77 de la misma Ley da al Superintendente un papel exclusivo declarando que “es la primera autoridad técnica y administrativa en el ramo del control, inspección y vigilancia de los servicios públicos domiciliarios en sus actividades complementarias e inherentes”. Significa que no se puede atribuir a otras entidades sus atribuciones (NÚÑEZ FORERO, 2017). Asimismo, esa exclusividad y esa posición que la ley consagra en cuanto a la SSPD, no se las dio a las comisiones de regulación, así tenemos la impresión de que exista una jerarquía entre los dos organismos en la cabeza de la cual encontramos a la SSPD.

Igualmente, las funciones de control, inspección y vigilancia se excluyen con el ejercicio de función de regulación¹⁰¹, lo que no parece muy entendible a primera vista porque las funciones de la SSPD,

⁹⁹ Artículo 370 de la Constitución

¹⁰⁰ Artículo 76 de la Constitución

¹⁰¹ Artículo 105 de la Ley 142 de 1994

en la mayoría de los modelos de regulación, forman parte de la función de regulación. Efectivamente, al ver las funciones de la SSPD, tenemos la impresión que es el brazo armado de las comisiones de regulación por sus funciones que se centran más en la aplicación concreta de las normas proferidas por las comisiones. Por ejemplo, cuando las comisiones sospechen que un prestador haya vulnerado las normas del régimen del servicio público, pueden pedir al Superintendente que adelante las investigaciones y que aplique las sanciones necesarias¹⁰². Otro ejemplo, la SSPD tiene que “evaluar la gestión financiera, técnica y administrativa de las empresas de servicios públicos, de acuerdo con los indicadores definidos por las comisiones”. Asimismo, la complementariedad de las funciones de los dos organismos fundamenta la necesidad de una colaboración entre los dos.

Por otro lado, en cuanto a las funciones de la SSPD, son literalmente como se anuncian, es decir controlar, inspeccionar y vigilar que los prestadores no violen y que cumplen las leyes y las normas a las cuales están sometidos. En caso de que no respeten las leyes y las normas, la SSPD puede imponer sancione.

No obstante, sus competencias se ven limitadas en su campo material por dos razones. La primera limitación es que la SSPD tiene que vigilar y controlar que los prestadores cumplan las normas y sancionarlos, en caso de violaciones, únicamente cuando “el cumplimiento afecte de forma directa e inmediata a usuarios determinados”¹⁰³. En segundo lugar, la SSPD puede sancionar los prestadores cuando no es competencia de otra autoridad¹⁰⁴. Esa restricción, la interpreta NÚÑEZ FORERO (2017) como una competencia “residual y secundaria”.

Adicionalmente, la meta de proteger a los usuarios atribuye a la SSPD unas obligaciones como la de “vigilar y controlar el cumplimiento de los contratos entre las empresas de servicios públicos y los usuarios”¹⁰⁵, vigilar que la utilización de los subsidios presupuestales de la Nación están bien destinados a los usuarios de menores ingresos¹⁰⁶ y vigilar que las empresas prestadoras de servicios contesten a las quejas de los usuarios so pena de sanción¹⁰⁷.

Acerca de las funciones principales de la SSPD, podemos subrayar su especificidad por el detalle de las situaciones en las que tiene que intervenir, particularmente acerca de la protección de los usua-

¹⁰² Artículo 73.18 de la Ley 142 de 1994

¹⁰³ Artículo 79.1 de la Ley 142 de 1994

¹⁰⁴ *Ibidem*

¹⁰⁵ Artículo 79.2 de la Ley 142 de 1994

¹⁰⁶ Artículo 79.6 de la Ley 142 de 1994

¹⁰⁷ Artículo 79, numeral 25 de la Ley 142 de 1994

rios. Al contrario, las comisiones de regulación tienen funciones más generales con un enfoque más económico.

Asimismo, las funciones de la SSPD demuestran una entidad que tiene, entre sus manos, informaciones esenciales sobre la prestación de los servicios públicos ya que establece los sistemas de información y de contabilidad de las empresas¹⁰⁸, además, tiene el registro de los prestadores¹⁰⁹ y evalúa la gestión financiera, técnica y administrativas de las empresas¹¹⁰, competencias que suponen la recolección de muchas informaciones. Esas fuentes de informaciones dan a la SSPD un poder muy grande porque puede medir la realidad exacta de la prestación de los servicios públicos y ejercer de manera adecuada su función de control, inspección y vigilancia de los prestadores de servicios públicos.

Además, la SSPD tiene un poder sancionador importante cuyas aplicaciones no se encuentra solamente en la parte “Sanciones” de la ley 142/94, es decir que existen unas competencias de la SSPD que se acercan del poder de sanción. Por ejemplo, la SSPD puede imponer programas de gestión a las empresas en caso de que amenacen de forma grave, o no respeten, las normas de regulación de las comisiones¹¹¹. También puede llegar hasta la toma de posesión¹¹² de una empresa en numerosos casos como: cuando la empresa no preste el servicio con la continuidad y calidad debidas; cuando se constate una persistencia en no respetar las normas a las cuales se deben someter los prestadores; también cuando la empresa entregue informaciones falsas. La toma de posesión de la empresa es un poder de intervención muy potente de la SSPD porque supone que, cuando la empresa no cumpla con las normas o con las finalidades sociales del servicio, no es apta para manejarse de manera independiente, lo que justifica una limitación a la libertad de empresa.

En cuanto a su facultad sancionadora, NÚÑEZ FORERO (2017) habla de una manifestación del poder de la policía administrativa con el fin de restablecer el orden público. Esas sanciones¹¹³ se aplican cuando las empresas prestadoras de servicios públicos no respetan las normas a las cuales tienen que someterse, y que pueden ser de origen constitucional, legal o regulatoria. Las posibilidades de sanciones por la SSPD a las empresas de servicios públicos son varias: Amonestación, multas, or-

¹⁰⁸ Artículo 79.3 de la Ley 142 de 1994

¹⁰⁹ Artículo 79.3 de la Ley 142 de 1994

¹¹⁰ Artículo 79.10 de la Ley 142 de 1994

¹¹¹ *Ibidem*

¹¹² Artículo 59 de la Ley 142 de 1994

¹¹³ Artículo 81 de la Ley 142 de 1994

den de suspender de inmediato todas o algunas actividades, cierre de los inmuebles utilizados para la actividad, suspensión de los administradores o empleados de los cargos que ocupan, prohibiciones a los infractores de trabajar en empresas similares hasta por diez años, solicitar a las autoridades para que decreten la caducidad de los contratos celebrados por el infractor y prohibición al infractor de prestar servicios públicos hasta por diez años entre otros. Las sanciones de la SSPD pueden atentar fuertemente la libertad económica de los prestadores, porque puede llegar hasta prohibir la prestación de un servicio público o intervenir en la gestión misma de la empresa. Sin embargo, la potestad sancionadora de la SSPD no se aplica por cualquier violación a las normas proferidas, ya que la SSPD tiene que evaluar la naturaleza y la gravedad de la falta para ejecutar las sanciones¹¹⁴.

En suma, la SSPD tiene derecho de vida o de muerte sobre las empresas de servicios públicas en caso de que ellas no cumplan con las normas a las cuales están sometidas y que este incumplimiento afecte a los usuarios determinados, ya que se puede llegar hasta la liquidación de la empresa.

Conclusión parcial y transición.

La delimitación de las competencias legales del Estado y del mercado con respecto a la prestación de los servicios públicos nos permite ver una línea neta entre la prestación y la garantía de una buena prestación. Efectivamente, pudimos ver que la forma empresarial nacida del derecho privado, y actriz esencial del mercado, está al corazón de la prestación de los servicios públicos y de sus reglas de prestación. Lógicamente, ese esquema dio al Estado un papel de segunda mano en la prestación directa de los servicios públicos ya que puede intervenir cuando el mercado es deficiente. En este sentido, las reglas legales de la prestación de los servicios públicos domiciliarios corresponden a los fines constitucionales sociales y económicos porque el Estado deja actuar el mercado pero, si el mercado no puede proveer el servicio público, el Estado lo va a prestar como último recurso para garantizar la prestación eficiente de los servicios públicos a todos los habitantes¹¹⁵, el bienestar de la población y el mejoramiento de su calidad de vida¹¹⁶.

Sin embargo, la intervención estatal en la prestación de los servicios públicos como último recurso no permite, a ella sola, la materialización plena de los objetivos constitucionales de la Constitución Política. Efectivamente, la repartición del cargo de la prestación de un servicio público no asegura que la prestación de los servicios públicos por las empresas cumplan con los requisitos de un servicio público: asequibilidad de los precios, calidad de la prestación y continuidad. En este sentido, se

¹¹⁴ *Ibidem*

¹¹⁵ Artículo 365 de la Constitución

¹¹⁶ Artículo 366 de la Constitución

implementaron la regulación por las comisiones de regulación y el control, la inspección y la vigilancia por la SSPD. Las atribuciones de estos dos organismos y su repartición demuestran una especificidad colombiana. Por un lado, tenemos una regulación con un enfoque muy económico destinada, principalmente, a velar al buen funcionamiento del mercado liberal, conforme a la libertad económica proclamada en la Constitución. Por otro lado, tenemos la SSPD cuyas atribuciones se focalizan más en la protección de los usuarios frente a los incumplimientos de los prestadores, lo que se acerca más al cumplimiento de las finalidades sociales del Estado Social de Derecho. Por consiguiente, si el modelo de prestación de los servicios públicos domiciliarios, en su propuesta jurídica e ideológica cumple los objetivos constitucionales mixtos, se necesita confrontar el derecho a la realidad, a través del caso del servicio de acueducto, para confirmar la materialización de los objetivos constitucionales.

PARTE II.

LA REALIDAD DEL SERVICIO PÚBLICO DE ACUEDUCTO EN COLOMBIA

El servicio público de acueducto es el servicio público por excelencia porque se relaciona con la necesidad básica la más esencial del ser humano. Por esa razón, la Carta Política le da prioridad a las necesidades insatisfechas de agua potable, porque son esenciales para volver efectivos los derechos a la vida, a la dignidad y a la salud¹¹⁷. También, las características económicas del sector de acueducto dan materia al análisis del modelo empresarial de prestación de los servicios públicos.

Por consiguiente, analizar la realidad del servicio público de acueducto permite medir la adecuación del modelo de prestación de los servicios públicos con el cumplimiento de las finalidades sociales y económicas consagradas por la Constitución de 1991. De esa realidad, se resalta dos dimensiones, la primera es la evaluación de la prestación del servicio público de acueducto a los usuarios al nivel nacional a través criterios como la calidad del servicio, la continuidad y su acceso por las personas de menores ingresos que revela una situación de conflictividad hídrica en Colombia (**CAPÍTULO III**). La segunda dimensión es la realidad orgánica y funcional del servicio público de acueducto que revelan fallas jurídicas que tienen una relación directa con las fallas en la prestación (**CAPÍTULO IV**). Esas dos dimensiones corresponden a la dicotomía que estamos desarrollando desde el inicio, a saber la diferencia entre la prestación del servicio público de acueducto por los prestadores, y las garantías atadas a esta prestación que el Estado tiene que asegurar. La realidad de la conciliación entre esas dos dimensiones nos va a confirmar o no la hipótesis sugerida, a saber si el modelo de prestación de los servicios públicos no permite la materialización de los objetivos constitucionales previstos en la Constitución Política de 1991.

¹¹⁷ Preámbulo, artículos 1 y 49 de la Constitución de 1991

CAPÍTULO III. SITUACIÓN DE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE ACUEDUCTO EN COLOMBIA:

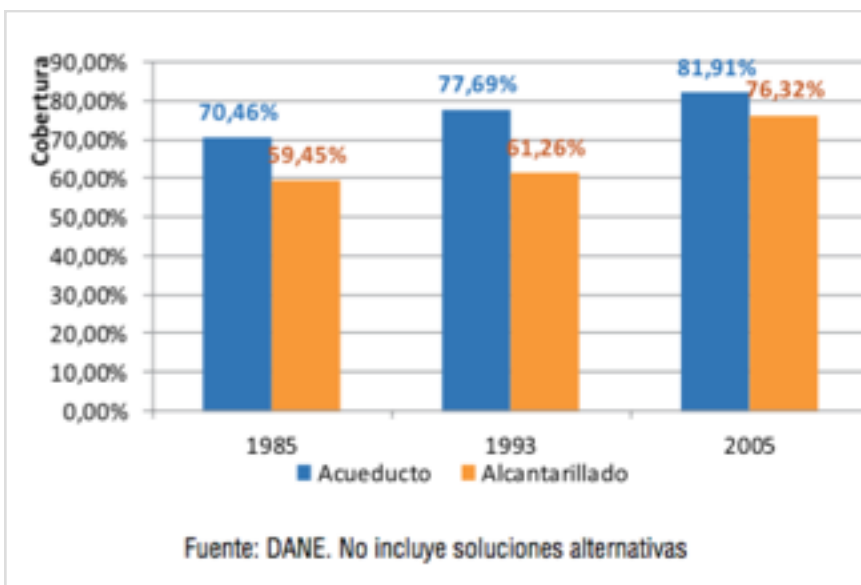
ESBOZO DE UNA CONFLICTIVIDAD HÍDRICA Y JURÍDICA

En Colombia, el servicio público de acueducto no tiene resultados uniformes, sino heterogéneos, lo que alimenta una situación de conflictividad hídrica. La existencia de una conflictividad hídrica en Colombia, la confirmó GUSTAVO CORREA ASSMUS (2015), que, describiendo los problemas relativos al agua en Colombia como las condiciones climáticas, la desigual distribución geográfica del recurso, la persistente iniquidad en el acceso, la acentuada pobreza especialmente rural y la falta de gobernabilidad entre la oferta y demanda del agua, llega a la conclusión de que existe una conflictividad hídrica en Colombia. Esa conflictividad hídrica nace cuando el acceso al recurso hídrico está restringido o dificultado para una parte importante de la población por razones diversas. En el caso de Colombia esa conflictividad hídrica nace de un acceso desigual al servicio de acueducto por la población (3.1.) y porque, cuando existe un acceso, no siempre la prestación cuenta con la calidad y la eficiencia debidas (3.2).

3.1. UN ACCESO DESIGUAL AL SERVICIO DE ACUEDUCTO

3.1.1. UNA BRECHA DE INIQUIDAD ENTRE EL RURAL Y EL URBANO

Gráfico n°1 Cobertura nacional de acueducto y alcantarillado (sin soluciones alternativas) (1985, 1993, 2005)



En términos de acceso al agua en Colombia, no se puede negar que hubo avances durante las últimas décadas. En efecto, según el Gráfico n°1 (SAS Y DNP, 2013 p. 53), en 1985, la cobertura nacional de acueducto (sin soluciones alternativas) era de 70,46%. En comparación, para el año 2005, 14 años después de la implementación del modelo de prestación actual de los servicios públicos, la cobertura nacional de acue-

ducto era de 81,91%. La comparación, entre el año 1985 y el año 2005, demuestra un avance en la cobertura del servicio de acueducto alrededor del 11% de aumentación en un plazo de 20 años.

Incluyendo las soluciones alternativas de acueducto (particulares y comunidades organizadas), esa cobertura alcanza los 91,48% para 2005 (Gráfico n°2: SAS Y DNP, 2013). Sin embargo, entre 1993, dos años después de la adopción de la Constitución actual, y 2017, la cobertura nacional de acue-

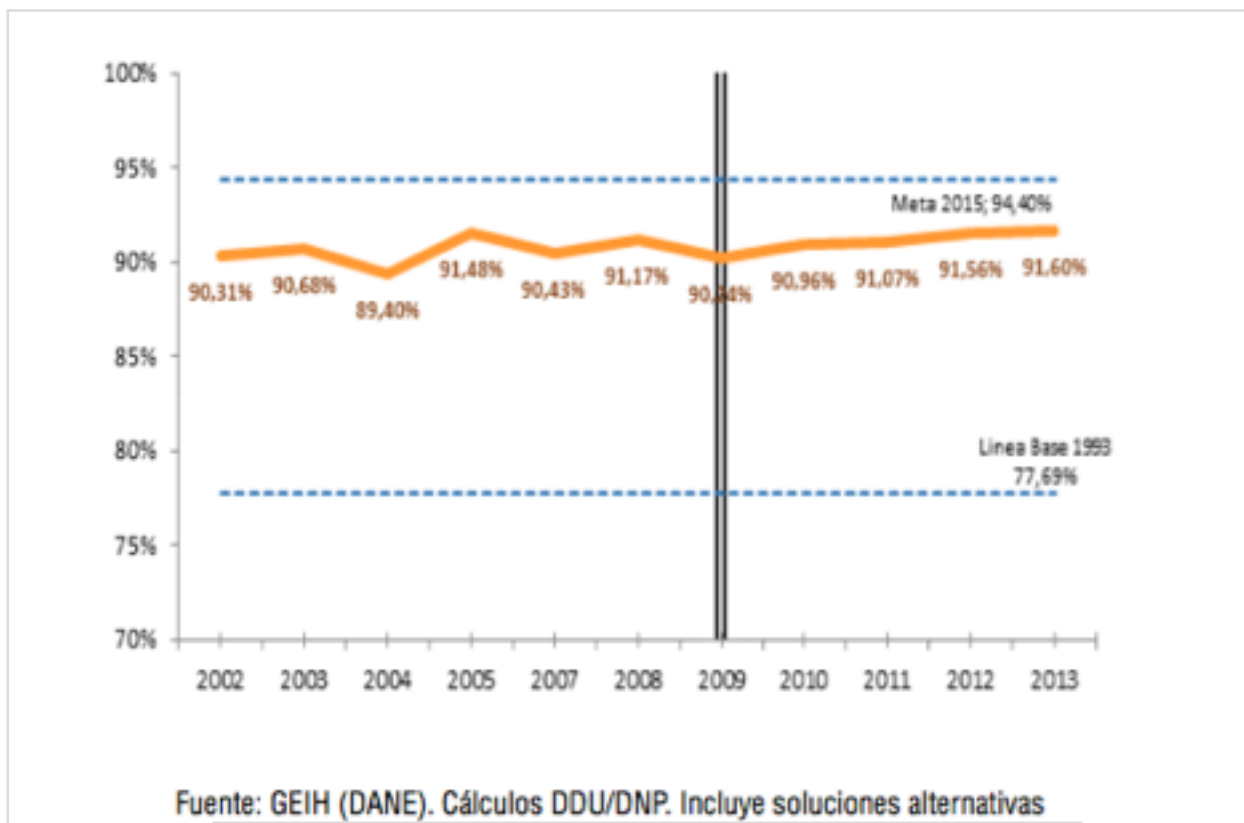


Gráfico n°2 Cobertura nacional de acueducto y alcantarillado (con las soluciones alternativas) (de 2002 a 2013)

ducto pasó de 77,39% (sin las soluciones alternativas) a 92,3%, sea un avance de casi 15% en 24 años. Sin negar este avance, no podemos hablar de un logro, ya que tenemos la impresión que los avances de los años 2000 fueron impulsados por un crecimiento económico favorable de los años noventa en Colombia. Este crecimiento económico sigue hoy en día, pero sin influir mucho en la cobertura del servicio de acueducto. En efecto, la curva de avance de la cobertura de este servicio está estancada desde hace más de una década (Gráfico n°2). Por consiguiente, si la cobertura de acueducto sigue avanzando a esa velocidad para la población rural, alcanzaremos una cobertura universal en treinta años más.

En primer lugar, cuando se mide la eficiencia de la prestación del agua en Colombia, a través de estadísticas generales que fijan la cobertura, se constata una prestación, en general, satisfactoria. La proporción de la población censada con acceso al agua en 2017 es de 97,8% en zona urbana y

73,9% en zona rural (DANE, 2017). El problema es que esas estadísticas generales simplifican la realidad de la prestación del agua potable, porque tener acceso al agua no significa que se cumpla el derecho al agua. Asimismo, tener una buena cobertura nacional no significa que la prestación de un servicio de acueducto permita la materialización del derecho al agua.

La realidad de la prestación del servicio de acueducto muestra una situación compleja y los detalles de las cifras de las coberturas revelan desigualdades de grandes escalas. Efectivamente, la cobertura del servicio de acueducto en zonas urbanas es más elevada que la cobertura en zonas rurales con un porcentaje de diferencia importante de 23,9%. Por consiguiente, según del INSTITUTO NACIONAL DE LA SALUD (INS, 2017, p.7), sobre un total de 3,6 millones de personas que no cuentan con servicio de acueducto, 2,7 millones viven en zona rural.

Por esa razón, RECALDE CASTAÑEDA (2016) constata una brecha de inequidad entre el urbano y el rural debida a la ubicación geográfica de la población. Precisa que las personas que viven en áreas dispersas pertenecientes a municipios de categoría cinco o seis, que son localidades pequeñas (menos de 15.000 habitantes) y con poca infraestructura, tienen menos oportunidad de acceder a un servicio de acueducto. Obviamente, la ubicación de esas poblaciones en áreas nucleadas, es decir dispersa, dificulta la provisión del servicio de acueducto. No obstante, la sola ubicación geográfica de esas poblaciones no puede, ella sola, explicar la escasez de la prestación del servicio de agua potable, porque sería decir que el derecho al agua puede tener excepción, pero un derecho humano no se puede limitar. En este sentido, la Constitución de 1991 consagra el acceso universal a los servicios públicos¹¹⁸.

Esa diferencia considerable de cobertura entre las zonas urbanas y las zonas rurales demuestra la presencia de disparidades territoriales en la prestación del servicio de acueducto que no cumple con el objetivo constitucional de acceso universal a los servicios públicos, ni con la prioridad constitucional de buscar solución a “las necesidades insatisfechas (...) de agua potable”¹¹⁹ y ni con los demás derechos fundamentales contenidos en la Constitución que tiene relación con el derecho al agua, tal como el derecho a la vida, a la dignidad y a la salud.

Más allá del incumplimiento del derecho al agua, que es una variable importante, cuando las poblaciones no cuentan con un acceso al servicio de acueducto, implementan conexiones ilegales a la red pública o a los ríos, lagos, pozos profundos o camiones cisterna consideradas como “gestión comunitaria del agua” (DELGADO, TRUJILLO, Y TORRES-MORAS, 2017). A veces, esas conexiones tienen consecuencias ominosas para la salud y el medioambiente. Efectivamente, los sistemas alternativos

¹¹⁸ Artículo 365 de la Constitución de 1991 “prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional”

¹¹⁹ Artículo 366 de la Constitución de 1991

de acueducto implican, a veces, la contaminación de las fuentes hídricas, la proliferación de enfermedades y problemas de salud por utilización de aguas contaminadas.

Otras veces, esos sistemas alternativos son un ejemplo de organización colectiva y solidaria, como el caso del Río Guayuriba en Cundinamarca, investigado por DELGADO, TRUJILLO, Y TORRES-MORAS, (2017). El río se ubica alrededor de los municipios de Guayabetal, Villavicencio, Acacias, San Carlos de Guaroa y Puerto López en una zona rural que, tampoco, está muy apartada de la zona urbana. Las poblaciones rurales y dispersas viviendo cerca del río (8.433 habitantes) colocaron “sistemas de captación y disposición de aguas domésticas” (DELGADO Y AL. p. 62) en tres puntos de la cuenca ubicados en un punto alto, un punto medio y un punto bajo. Dentro de este sistema comunitario, existe diferentes sistemas de captación, según la proporción de habitantes, a saber sistemas de captación individual (para una sola casa) y sistema comunitario que conecta el Río Guayuriba a varias casas. Entre más la población se ubique en los puntos medios y bajos del río, más la población sufre de escasez de agua debido a la utilización del agua del río por los sectores industrial, agrícola y turístico y la seques de la época. Los autores no precisan si existen consecuencias ambientales o sanitarias por la punción del agua del Río Guayuriba. Pero lo que manifiesta este caso, es que la necesidad básica del agua empuja las poblaciones a organizar de manera alternativa en las zonas rurales, porque nadie presta el servicio de acueducto para esas poblaciones.

Sin embargo, la brecha de iniquidad en el servicio de acueducto no concierne solamente la oposición entre las zonas rurales y las zonas urbanas. En efecto, si en un total de 3,6 millones de personas que no cuentan con servicio público de acueducto, 2,7 millones de personas viven en zonas rurales (INS, 2017), significa que casi 1 millón de personas no cuentan con servicio de acueducto al interior de las zonas consideradas como urbanas. Por ejemplo, en el Chocó “uno de cada dos hogares no cuenta con acceso a agua potable en zonas urbanas, cifra que empeora en zonas rurales, donde dos de cada tres hogares no cuentan con conexión adecuada ni soluciones alternativas a este servicio” (CONPES 3810). Este dato demuestra la existencia de una otra brecha de iniquidad en el acceso al servicio de acueducto entre las personas con mayor y menor capacidad de pago.

3.1.2. UNA BRECHA DE INIQUIDAD ENTRE LAS PERSONAS CON MAYOR Y MENOR CAPACIDAD DE PAGO

3.1.2.1. CONSTATAción DE LA RELACIÓN ENTRE POBREZA Y DIFICULTAD DE ACCESO AL SERVICIO DE ACUEDUCTO

La brecha de inequidad entre las personas con mayor capacidad y las personas con menor capacidad de pago en el acceso al servicio de acueducto es “un fenómeno difícil de rastrear en las estadísticas” (RECALDE CASTAÑEDA, 2016, p. 269). En efecto, afirmar que las personas con una situación financiera estable tienen un mejor acceso al servicio de acueducto que las personas con una situación financiera más delicada, es poner en cuestión el sistema de prestación de los servicios públicos y las condiciones de intervención del Estado en estos. Sin embargo, esas desigualdades existen y para ilustrarlo RECALDE CASTAÑEDA (2016) pone en evidencia un dato de 2015 según el cual, en Colombia, 85% de personas con mayor capacidad adquisitiva usan agua tratada mientras que solo el 54% de los pobres lo hacen (OMS, UNICEF, 2015 p.22).

En 2019, esa vulnerabilidad socioeconómica sigue actual ya que en el nuevo Plan Nacional de Desarrollo del Gobierno (PND 2018-2022), el mejoramiento del servicio público de acueducto forma parte de las metas de las políticas públicas y de las reformas que las acompañan para el mandato del actual Presidente¹²⁰.

Pero es un dato presente en el “Pacto por la equidad: política social moderna centrada en la familia, eficiente, de calidad y conectada a mercados” del PND 2018 que confirma nuestra observación sobre la brecha de inequidad para las personas vulnerables económicamente (p. 409):

Tabla III- 16. Privaciones del IPM para quienes se encuentran en condición de pobreza y quienes no, 2010-2017

Privación	2010		2017	
	Condición de pobreza	Sin condición de pobreza	Condición de pobreza	Sin condición de pobreza
Bajo logro educativo	94,22	43,12	94,79	35,51
Analfabetismo	44,7	3,51	45,45	2,9
Rezago escolar	72,48	35,86	67,46	35,16
Inasistencia escolar	20,21	1,35	19,93	2,09
Barreras primera infancia	27,92	11,19	19,86	10,31
Trabajo infantil	16,39	2,31	15,35	1,5
Desempleo	10,59	4,87	14,48	6,16
Empleo informal	99,24	76,69	99,77	71,76
Sin aseguramiento en salud	47,76	14,1	30,45	7,92
Barreras de acceso al servicio de salud	17,29	4,11	25,21	4,87
Sin accesos a fuentes de agua mejorada	27,53	6,41	30,08	5,15
Inadecuada eliminación de excretas	29,23	6,38	31,08	6,59
Material inadecuado de pisos	20,71	1,97	18,65	1,45
Material inadecuado de las paredes	7,61	1,31	8,41	1,44
Hacinamiento crítico	38,32	13,09	25,95	9,11

Fuente: cálculos del DNP a partir de la Encuesta de Calidad de Vida (ECV) (DANE, 2010 y 2017b).

¹²⁰ Pacto por la calidad y eficiencia de servicios públicos: agua y energía para promover la competitividad y el bienestar de todos. PND 2018.

Esta tabla presenta todas las privaciones dentro de un hogar familiar tomadas en cuenta para calcular el Índice de Pobreza Multidimensional (IPM) que es una herramienta para la medición de la pobreza que se basa en las carencias acerca del hogar, la salud, el nivel de vida y la educación. El acceso a una fuente de agua de una calidad mínima forma parte de los criterios para evaluar el IPM y el tablero compara el acceso a una fuente de agua por las personas en condición de pobreza y las que no lo son. El resultado señala una desigualdad profunda ya que, en 2017, el 30% de las personas en condición de pobreza no tienen acceso a una fuente de agua mejorada, contra el 5% de las personas sin condición de pobreza. Encima de esa cifra, se nota que entre 2010 y 2017, el porcentaje de las personas en condición de pobreza sin acceso a una fuente de agua ha aumentado de 5%.

Esa cifra se puede relacionar con otro dato notable para nuestra reflexión que es que el IPM alcanza el 42% de la población rural dispersa, el 36% de la población rural y el 13% de la población viviendo en las ciudades y las aglomeraciones para el año 2017 (PND, 2018-22, p.407). En este orden de declaraciones, podemos concluir que existe una relación de causalidad entre la pobreza y el difícil acceso al servicio de agua potable e incluso, entre la pobreza rural y el difícil acceso al agua potable.

Esa relación entre la capacidad económica de pago de las personas y el acceso a un servicio de agua potable supone que este fenómeno ocurre también dentro de las ciudades, que conocen igualmente problemas de pobreza. Por ejemplo, dentro de Bogotá Distrito Capital, las localidades de Ciudad Bolívar y USME conocidas por sus situaciones sociales complejas, y que están constituidas por zonas rurales y urbanas, se encuentra una prestación por comunidades organizadas. Esa prestación por comunidades organizadas, autorizada por la Constitución de 1991¹²¹, y condicionada por la Ley 142/94 que faculta estas a obrar en “municipios menores en zonas rurales y en áreas o zonas urbanas específicas”¹²². BARRETO MORENO afirma, de manera crítica, que la prestación por comunidades organizadas en ciertas partes de las localidades de Ciudad Bolívar y USME “*carece de condiciones administrativas y técnicas que permitan su prestación de manera continua, con amplia cobertura y de calidad*” (2014, p. 4). Además el autor precisa que la implementación de esa gestión comunitaria por varias asociaciones fue el fruto de una estrecha colaboración con la Empresa de acueducto y alcantarillado de Bogotá (EAAB-ESB) y el Distrito de Bogotá D.C. Por consiguiente, nuestra pregunta es ¿Por qué en localidades con una situación social y geográfica complicadas, la EAAB-ESB y el Distrito eligieron una prestación que, según el estudio de BARRETO MORENO

¹²¹ Artículo 365 de la Constitución de 1991

¹²² Artículo 15.4 de la Ley 142 de 1994

(2014), no parece adaptada? La respuesta se encuentra en el análisis de los mecanismos del mercado del agua.

3.1.2.2. LA INIQUIDAD: UNA VARIABLE IGNORADA DEL MERCADO

El análisis de los submercados del mercado de prestación de agua potable por NÚÑEZ FORERO (2017) nos va a aclarar sobre las razones de las brechas de iniquidad en este servicio público domiciliario.

Primero, el mercado del agua se subdivide en tres submercados, el primer submercado es el de las grandes ciudades y de las ciudades intermediarias superiores a 8 000 suscriptores en el que se detecta una fuerte presencia del sector privado. El segundo submercado, es el de los municipios que tienen entre 2500 y 8000 suscriptores que se caracteriza por la prestación directa del servicio de acueducto y alcantarillado por el municipio. El tercero submercado, es aquel de los municipios que tienen menos de 2500 habitantes y de las zonas rurales en las cuales obran las empresas comunitarias. También está el mercado de las zonas periféricas de las grandes ciudades en los que se prestan el servicio público de acueducto por intermediario de los sectores públicos y comunitarios. Se hace una referencia general a los sectores públicos cuando la prestación del servicio de acueducto se comparte entre los municipios que tienen la capacidad de prestarlo directamente y las empresas de servicios públicos, cuyo capital es, en su mayor parte, público.

La situación de los submercados del servicio de acueducto y alcantarillado nos permite percibir que el interés de los prestadores susceptibles de prestar el servicio va a privilegiar las zonas urbanas porque, como la demanda es más grande, mayores son las posibilidades de prestar el servicio público de acueducto de manera rentable. Por esa razón, entre más grande sea el mercado, más extendida es la cobertura porque mayor oferta hay. En cambio, cuando el mercado es más pequeño y la población es más dispersa, el prestador se va a mostrar más reticente a prestar un servicio público porque las condiciones de prestación son más difíciles que en zona urbana en términos de tecnicidad, de costo de las infraestructuras, y de rentabilidad porque la población rural tiene menor capacidad de pago que la población urbana.

El interés de los prestadores hacia los mercados grandes e intermedios se explica porque el sistema de mercado está fundado en el interés lucrativo y no en la ética de prestar un servicio público a las personas más necesitadas. Por esa razón, el modelo empresarial de prestación de los servicios públicos actual está regido por las reglas del derecho comercial y bajo la amenaza, para toda empresa, que sea pública, privadas o mixta, de quebrarse si no son rentables. Y el problema de los municipios

pequeños, ubicados en zonas rurales y con una población dispersa, es que los habitantes no tienen la capacidad de pago que podría atraer a una empresa de servicios públicos, que sea privada o pública, sin el riesgo de que se quiebre.

La afirmación anterior se refuerza al examinar la concentración de los usuarios de acueducto y alcantarillado según la naturaleza jurídica del prestador ya que las empresas industriales y comerciales del Estado atienden más del 50% de estos usuarios (SSPD, 2017, p. 9). En virtud de la Ley 489 de 1998, esas empresas industriales y comerciales del Estado tienen personería jurídica, una autonomía administrativa y financiera y un capital mayoritariamente público. Esas empresas se encuentran en ciudades pobladas como Bogotá, Medellín y Santiago de Cali que concentran acerca de 13 millones de habitantes es decir más del 27% de todos los usuarios¹²³. Después siguen las Sociedades Anónimas que atienden el 41,8% de los usuarios, forma típica de la empresa privada que puede tener un capital mixto o privado. Por fin, solamente 3% de los usuarios se ven prestar su servicio de acueducto por prestación directa y 2,8% por organizaciones autorizadas, lo que es el caso de las zonas rurales o de los municipios pequeños. Sin embargo, a pesar de una fuerte presencia pública en la prestación del servicio de acueducto, existe una brecha de inequidad entre las poblaciones que lleva a un acceso limitado o denegado al servicio de agua potable para ciertas poblaciones cuando son vulnerables, económicamente y geográficamente. Ese resultado es debido a un modelo empresarial de prestación de los servicios públicos cuyos prestadores que se dejan guiar, ante todo, por intereses económicos de rentabilidad.

Adicionalmente a la presencia de un acceso desigual al servicio de acueducto al nivel nacional, cuando el acceso es efectivo se pueden presentar deficiencias en la prestación misma del servicio que son contrarias a los objetivos constitucionales de mejoramiento de la calidad de vida de la población y de eficiencia en la prestación del servicio público.

3.2. UNA CALIDAD Y UNA EFICIENCIA DEL SERVICIO DE ACUEDUCTO CUESTIONABLES

Acerca de la prestación misma del servicio de acueducto, la calidad de la prestación tiene resultados irregulares al nivel nacional, especialmente en cuanto a la calidad del agua en ciertas zonas geográficas (3.2.1) y por la presencia de deficiencias técnicas en la prestación del servicio público de acueducto (3.2.2.).

¹²³ Si tomamos en cuenta la cifra de los usuarios de los servicios públicos vigilados que son, en total, 47.582.867 millones (INS, 2017)

3.2.1. UN AGUA DE CALIDAD PREOCUPANTE PARA CIERTAS POBLACIONES

3.2.1.1. UN AGUA DE CALIDAD DESIGUAL AL NIVEL NACIONAL

En relación con lo mencionado anteriormente, la calidad preocupante del agua proveída por los prestadores a ciertas poblaciones de ciertas regiones es una consecuencia directa de las dos brechas de iniquidad existentes. En efecto, la menor calidad del agua toca, principalmente, las poblaciones rurales y/o pobres.

A propósito de la calidad deficiente del agua, el Gobierno es consciente de la situación ya que enuncia que alrededor de 3.800.000 personas “aún reciben agua con algún nivel de riesgo (no apta para el consumo), lo cual representa el 11,56 % de la población total con servicio en el país (...)” (PND, 2018, p. 678). Pero el PND no hace ninguna relación explícita entre la mala calidad del agua y las poblaciones vulnerables económicamente y geográficamente.

Para medir la calidad del agua, el Decreto 1575 y la Resolución 2115 de 2007 establecieron el Índice de Riesgo de la Calidad del Agua para Consumo Humano (IRCA). Gracias a este índice, se puede medir dos elementos: la calidad del agua y el nivel de riesgo que representa el consumo de tal agua. Según el porcentaje encontrado, la muestra del agua se clasifica en diferentes niveles: Sin Riesgo, Riesgo Bajo, Riesgo Medio, Riesgo Alto, Inviabile Sanitariamente. Únicamente la muestra de agua calificada sin riesgo es apta para el consumo humano. Varias propiedades del agua están consideradas para medir el IRCA y se pueden agrupar en: características físicas, químicas y microbiológicas de agua.

Según el INS (2017), sobre un total de 47.560 muestras recolectadas durante el año 2017, de las cuales, el 44,4% (21.094) proviene de zona urbana y el 11,6% (5539) de zona rural, el 63,6%, se analizó sin riesgo, el 1,5% de riesgo bajo, el 9,6% de riesgo medio, el 16,0% de riesgo alto y el 9,3% fueron inviables sanitariamente. Aunque, la mayoría de las muestras fueron calificadas como apta para el consumo humano, por el resto, el resultado queda muy desigual y representativo de las deficiencias locales de la prestación del servicio público de acueducto.

En este sentido, el IRCA nacional es ilustrativo de un promedio constituido por situaciones desiguales porque se posiciona a 20,5%, es decir a un nivel de riesgo medio, lo que no corresponde a una agua apta para el consumo humano. En efecto, al nivel departamental, sobre 31 departamentos¹²⁴, más el distrito capital, los departamentos con una calidad de agua sin riesgo son Antioquia, Arauca, Córdoba, Guaviare y Quindío y los que presentaron un agua de riesgo alto fueron Caldas, Huila, **Nariño**, Putumayo y **Vaupés**. De resto, 14 departamentos presentaron un IRCA de riesgo bajo y 9

¹²⁴ Falta el departamento de La Guajira

departamentos un nivel de riesgo medio. Estos resultados, al nivel departamental, demuestran una calidad del agua heterogénea en Colombia.

Al nivel municipal, los municipios clasificados con calidad de agua inviable sanitariamente se encontraron ubicados en los departamentos de Bolívar, Caquetá, **Cauca**, Cesar, **Chocó**, Córdoba, Meta, **Nariño** y en el Tolima, **Guainía**, Magdalena y Risaralda.

La presentación del IRCA a través de diferentes escalones es importante para medir la calidad y la eficiencia de la prestación del servicio de acueducto a un nivel global, porque, concretamente, el problema de calidad del agua es un problema nacional porque no se encuentra ubicado en una sola región, sino en varias.

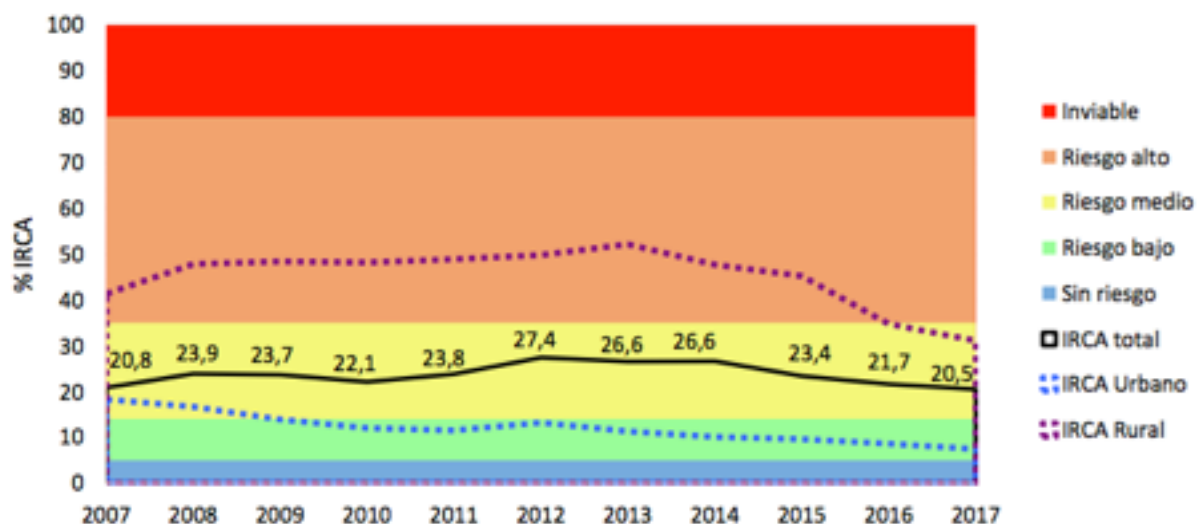
Como lo hemos dicho anteriormente, el análisis del agua en función del IRCA permite decir si el agua es apta para el consumo humano o no, y, en consecuencia, si su provisión respecta la ley, según la cual el servicio público domiciliario de agua potable “es la distribución municipal de agua apta para el consumo humano, incluida su conexión y medición”¹²⁵, y las finalidades sociales acerca de los servicios públicos en la Constitución, a saber, la prestación de eficiente de los servicios públicos, el alcance del bienestar de la población y el mejoramiento de su calidad de vida.

Pero constatar la realidad de un problema no es suficiente, necesitamos establecer las causas y los variables que constituyen este problema para entender las deficiencias del modelo de prestación del acueducto.

3.2.1.2 BRECHA DE INIQUIDAD CON RESPECTO A LA CALIDAD DEL AGUA

Las mismas brechas de iniquidad constatadas en el acceso al servicio de acueducto se encuentran en cuanto a la calidad del agua distribuida a ciertas poblaciones. Significa que la calidad del agua varía según la ubicación rural o urbana de la población y según su capacidad de pago.

Figura 1. Comportamiento del IRCA nacional, Colombia 2007-2017



Fuente: SIVICAP - Instituto Nacional de Salud

En primer lugar, el INS (2017) pone en evidencia la variación del IRCA rural y del IRCA urbano en un gráfico (Figura 1). Constatamos que el IRCA rural para 2017 está superior al IRCA nacional mientras que el IRCA urbano es inferior al IRCA nacional. Por lo tanto, la evolución del IRCA rural desde 2007 demuestra un mejoramiento importante porque en 2016 pasó de riesgo alto a riesgo bajo. Sin embargo, el resultado del IRCA rural, a respecto del IRCA nacional y el IRCA urbano, demuestra la relación entre deterioración de la calidad del agua y ubicación rural de la población.

En segundo lugar, una relación entre vulnerabilidad económica y baja calidad del agua se constata en Colombia cuando los departamentos (en negrilla p. 60), en los que se analizó un IRCA demostrando la presencia de un agua inviable sanitariamente o de riesgo alto en varios municipios, forman parte de los más desfavorecidos de Colombia por sus Índices de Pobreza Multidimensional (IPM) y que son: Vaupés, Amazonas, Cauca, Chocó, La Guajira y Guainía (CONPES 3810, 2014, p.10).

También, dentro de las ciudades pasa el mismo fenómeno, las localidades o los barrios en los que el agua es de calidad sospechosa son los más desfavorecidos. Por ejemplo, en el caso de Bogotá, los barrios como Ciudad Bolívar o Engativá (barrios de estrato 1 o 2) fueron objetos de estudios demostrando la presencia de cloro residual, muestras coliformes¹²⁶ y un color haciendo del agua distribuida una fuente de riesgo para la salud (DEFENSORÍA DEL PUEBLO, 2011, pp.42-41). En cuanto al límite aceptado de coliformes que puede contener el agua es de cero¹²⁷. Otro ejemplo, ya evocados, son las localidades Ciudad Bolívar y USME, que cuentan también con zonas rurales, en las cuales se gestiona el agua por comunidades organizadas que fueron el objeto del estudio de BARRETO MORENO (2014). El profesor pone en duda las capacidades administrativas y técnicas de las asociaciones encargadas de la gestión del agua en estos sectores y transforma su duda en afirmación analizando la calidad del agua distribuida por esas asociaciones. Efectivamente, se detectó la presencia de coliformes en el agua proveída por 30 prestadores sobre un total de 33 prestadores en esas zonas. Más allá de la vulneración al derecho al agua, a la prestación eficiente de un servicio público y a la calidad del servicio proveído, se están vulnerados los derechos a la vida y a la salud porque el agua de calidad insegura es transmisora de enfermedades. Por esa razón, se detectaron casos de enfermedades de diarrea aguda (EDA) en Colombia, cuya ocurrencia puede conducir a la mortalidad, especialmente para las personas en situación de debilidad física como los niños. El INS (2017b) realizó un estudio del impacto de esa enfermedad en cada región de Colombia en el cual concluye que, de los 886 municipios, el 22% (195) presentaron “una incidencia de EDA superior al percentil 50”, lo que indica una importa ocurrencia de EDA. Igualmente, esos municipios tienen un nivel de IRCA

¹²⁶ “Microorganismos indicadores de contaminación fecal” glosario.net

¹²⁷ Decreto 475 de 1998

situado entre riesgo medio y riesgo alto. Sobre 128 casos de muerte infantil por EDA, la mayoría de estos casos ocurrieron en los departamentos del **Chocó, La Guajira, Vichada**, Cesar, Arauca, Magdalena y Norte de Santander (INS, 2017c).

La calidad heterogénea al nivel nacional y local del agua no es la única variable que caracteriza la presencia de deficiencias en la prestación del servicio público de acueducto, se detectó otras deficiencias técnicas.

3.2.2. DEFICIENCIAS TÉCNICAS EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE ACUEDUCTO

Varias deficiencias técnicas se presentan en la prestación del servicio de acueducto, se constituyen por la falta de continuidad en la prestación del servicio de acueducto, el desperdicio del agua y su contaminación. Esas deficiencias tienen consecuencias financieras, de calidad y ecológicas.

En cuanto a la falta de continuidad en la prestación del servicio público de acueducto, la Ley 142//94 considera este evento como una falla en la prestación del servicio¹²⁸. Además, la eficiencia del servicio público es un objetivo constitucional¹²⁹ que no supone, únicamente, una eficiencia económica sino también una cierta calidad y continuidad del servicio.

La continuidad del servicio público está recordada en varios puntos de la Ley 142/94. En particular, si el servicio público no se puede prestar con la calidad y la continuidad debidas, y “que la prestación sea indispensable para preservar el orden público o el orden económico, o para evitar perjuicios graves e indebidos a los usuarios o a terceros”, la Superintendencia puede tomar posesión de la empresa¹³⁰. La fuerza del poder de la SSPD demuestra la importancia de la calidad y de la continuidad en un servicio público, sobretodo la del servicio público de acueducto que satisface una necesidad básica, esencial para hidratarse, alimentarse, y para mantener la higiene de su vivienda. Por esa razón, si el servicio público de acueducto tiene que ser proveído de manera continúa. Además, en cuanto a sus dimensiones comercial y económica, cuando pagamos una prestación de servicio público de acueducto, es normal que sea continua.

Por consiguiente, ¿Cuáles son los resultados de la continuidad para el servicio público de acueducto en Colombia? La SSPD (2018) nos indica la importancia del factor de la continuidad en la prestación del servicio público de acueducto ya que “La continuidad en la prestación del servicio público de acueducto es uno de los indicadores de mayor relevancia dentro del esquema estratégico para el

¹²⁸ Artículo 136 de la Ley 142 de 1994

¹²⁹ Artículo 365 de la Constitución

¹³⁰ Artículo 59.1 de la Ley 142 de 1994

mejoramiento del sector de agua potable y saneamiento básico” (p. 28). También, recuerda las dos metodologías de cálculo de la continuidad de la prestación. La primera es con el Indicador de Continuidad (IC) que se expresa en hora por día¹³¹ y la segunda metodología se expresa en porcentaje¹³² (%). Para analizar la continuidad del servicio público de acueducto, elegimos trabajar con la primera metodología expresada en hora por día, por su comprensión más universal que el porcentaje. En su propuesta, el IC se calcula tomando en cuenta las horas efectivas de provisión del servicio en cada sector hidráulico del municipio, y luego, se pondera en función de los usuarios atendidos para obtener un promedio al nivel municipal. Según el número de horas, una clasificación está establecida: **Clasificación de la Continuidad (Resolución 2115 de 2007)**

El estudio de la SSPD (2017) no presenta los cálculos del IC para toda la población porque hacen falta las informaciones de los pequeños prestadores (menos de 2.5

Cálculo del IC	Clasificación
0 - 10 horas/día	Insuficiente
10,1 - 18 horas/día	No satisfactorio
18,1 - 23 horas/día	Suficiente
23,1 - 24 horas/día	Continuo

00 usuarios). Por consiguiente, el análisis de la SSPD (2017) solo se apoya en la información del 88,2% de la población urbana, lo que nos va a dar una idea del alcance de la continuidad, al menos, para la población urbana. Sin embargo, por deducción lógica, se puede estimar el alcance de la continuidad para la población rural, teniendo en cuenta las relaciones del urbano y del rural en cuanto a los alcances de coberturas y de calidad del agua. El resultado de la SSPD para 2017¹³³ es el siguiente; sobre 32 departamentos, tenemos 4 departamentos que se clasifican con una continuidad insuficiente en la prestación del servicio público de acueducto (Guainía, Vaupés, Archipiélago de San Andrés y Vichada), 5 departamentos cuya continuidad del servicio no es satisfactoria, 13 departamentos que se clasifican como suficientes, y 10 como continuo. Esos resultados, demuestran un conjunto bastante heterogéneo porque 9 departamentos sobre 33 no cuentan con una continuidad

¹³¹ Resolución 2115 de 2007

¹³² Resolución 315 de 2005 de la CRA

¹³³ 2016 para el departamento de Guaina que no reportó informaciones en 2017.

satisfactoria del servicio público de acueducto, lo que constituye casi un tercio. Si el rural hubiera sido incluido, las cifras estarían netamente más bajas.

Lógicamente, después de haber estudiado los alcances en materia de acceso al servicio de acueducto y de calidad del agua, no es asombroso ver que la continuidad no tenga mejores cifras, porque la continuidad está condicionada también a un buen acceso al servicio y a una cierta calidad en la prestación.

Otras deficiencias existen en la prestación del servicio de acueducto que vamos a analizar para saber si son deficiencias puntuales, o generalizadas. Como otra deficiencia, podemos señalar la tasa de agua desperdiciada durante el proceso de distribución hasta el consumidor, que se mide a través del índice de agua no contabilizada (IANC). En su resolución 151 de 2001, la CRA reconoce, para los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado, un porcentaje máximo del IANC de 30%. En efecto, un porcentaje nulo no es posible porque tenemos que precisar que este tipo de pérdidas son características de los servicios públicos de acueducto en el mundo. Por ejemplo, en Francia, se contabiliza una pérdida de 24% del agua durante su proceso de distribución¹³⁴. En Colombia, según la información de la SSPD para el año 2017, el promedio nacional de pérdidas del agua durante su distribución alcanza un 43,6% sobre 87% de la población urbana.

La deficiencia es importante porque casi la mitad del agua que sale de los acueductos se desperdicia, y eso tiene un costo de eficiencia para la empresa prestadora y un costo financiero para los usuarios que pagan esas deficiencias. La importancia de esa deficiencia, nos la recuerda la SSPD (2017) en esos términos “Estos resultados son una alerta para el sector, en términos de los costos que deben asumir los prestadores (...) lo que podría ser un indicador **de ineficiencias técnicas y comerciales** en la prestación del servicio público de acueducto. En este sentido, esas “ineficiencias técnicas y comerciales” tienen una influencia en la eficiencia económica de las empresas prestadoras de servicios públicos de acueducto. La SSPD precisa también que puede ser más económico para los prestadores, asumir esta pérdida de agua que realizar las inversiones necesarias para optimizar las infraestructuras. Sin embargo, el costo económico y ecológico del desperdicio del agua es bien real.

En cuanto a la dimensión ecológica de la prestación del servicio público de acueducto, es casi inexistente en Colombia. Se la encuentra ni en la Constitución, ni en la Ley 142/92, solo se menciona la existencia de unos deberes a respecto del medio ambiente por parte de las empresas prestadoras de servicios públicos. La ausencia de la dimensión ecológica del servicio público de acueducto

¹³⁴ VIE PUBLIQUE. Le service public local de l'eau potable et de l'assainissement [en ligne] (Mise à jour: 23 mai 2017), (consulté le 17 avril 2019)

es una gran falta para un país como Colombia que goza de la segunda aérea la más biodiversa del mundo.

Además varias deficiencias detectadas en la prestación del servicio público de acueducto tienen consecuencias ominosas para el medio ambiente. Entre esas deficiencias ambientales, encontramos problemas de contaminación del agua por terceros y particulares y la disminución de las cuencas hídricas por la sobreutilización del recurso y uso inadecuado de estas. En este sentido, el documento CONPES 3810 (2014) apunta las consecuencias ambientales de la descarga de las aguas residuales de actividades domésticas, agrícolas, pecuarias, agroindustriales y de la minería, que tienen su parte de responsabilidad en la calidad deficiente del agua en Colombia, como en la deterioración del medio ambiente porque contaminan las fuentes hídricas. También la gestión inadecuada de los residuos sólidos provenientes de los particulares genera una contaminación del agua. Esa contaminación generada se repercute en el funcionamiento del servicio público de acueducto que tiene que tomar las medidas necesarias para potabilizar el agua. A este panorama, se añade la falta de formalización de concesiones de agua y permisos ambientales ya que solo un 33% de los prestadores de servicios de acueducto cuentan con una concesión de agua otorgada por las autoridades ambientales competentes, lo que supone la existencia de extracciones ilegales de agua.

Esas deficiencias presentes en la prestación del servicio público de acueducto no prescinden de soluciones. En este orden de ideas, el PND (2018-2022) prevé varias estrategias para refrenar esas deficiencias como la descontaminación de los recursos hídricos; aumentar el tratamiento de aguas residuales en cuencas priorizadas en el marco del Programa Saneamiento de Vertimientos (SAVER); concientizar a los usuarios del valor del agua y su uso adecuado para la vida; proteger las fuentes de agua; y adelantar acciones que garanticen la gobernanza comunitaria y la sostenibilidad de las soluciones adecuadas de agua potable para incrementar la cobertura, continuidad y la calidad del servicio en zonas rurales entre otras (p. 681).

Sin embargo, las soluciones puntuales que da el Gobierno para mejorar la prestación del servicio público de acueducto podrían tener efecto si los problemas fueran solamente la presencia de deficiencias que, con un desarrollo técnico, unas inversiones, y el establecimiento de unas normas, podrían detenerse. Pero esas deficiencias parecen ser vinculadas a la existencia de fallas dentro del modelo mismo de prestación del servicio público de acueducto.

CAPÍTULO IV. LAS FALLAS DEL MODELO DE PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE ACUEDUCTO

A través del análisis del modelo de prestación del servicio público de acueducto, nos damos cuenta que el modelo mismo acarrea consecuencias que son ominosas para la prestación eficiente, universal y de calidad del servicio de acueducto y que constituyen, por esa razón, fallas del modelo.

Esas fallas son el reflejo de desequilibrios estructurales dentro del modelo de servicio público de acueducto y se dividen en dos tipos de fallas, las fallas coyunturales (**I.4**) y las fallas jurídicas (**II.4**).

4.1. LAS FALLAS COYUNTURALES DEL MODELO EMPRESARIAL DE LOS SPD

Una falla es coyuntural cuando es el resultado imprevisto revelado a través del funcionamiento del modelo empresarial. Esas fallas coyunturales se constatan a través de la existencia de un monopolio privado de los prestadores del servicio de acueducto que cometen abusos de posición dominante (**4.1.1.**) y por la duda sobre la posibilidad de que funcione un mercado del agua (**4.1.2.**).

4.1.1. EL MONOPOLIO PRIVADO DE LOS PRESTADORES Y LOS ABUSOS DE POSICIÓN DOMINANTE

Al enfocarse en una escala más pequeña que la del país, encontramos una falla de mercado que se caracteriza por la existencia de un monopolio privado de la prestación del servicio de acueducto en la mayoría de las áreas. Efectivamente, cuando se constata la presencia de un monopolio, es más probable de que se realicen abusos de posición dominante al respecto del usuario.

Entonces ¿Por qué existen monopolios privados en la prestación del servicio de acueducto? Primero, el número de prestadores rurales y urbanos confundidos alcanza el número de 2.567 prestadores para 1.102 municipios, es decir, aproximadamente, 2,3 prestadores por municipio, y según el PND (2018, p. 677), solamente 71 prestadores prestan el servicio a más de un municipio. El promedio de los prestadores por municipio, y la focalización que demuestran los prestadores al prestar en un solo mercado, demuestra que no existe una competencia suficiente en el sector del acueducto, lo que explica como brotaron los monopolios privados. Cuando hablamos de monopolios privados, no hablamos solamente de las empresas con capital privado, sino de todas las empresas prestadoras del servicio público de acueducto, sometidas al derecho comercial, es decir las empresas de servicios públicos (sin importar su capital) y las sociedades anónimas que atienden en total el 92,4% de los usuarios (SSPD, 2018). Entonces, la falta de competencia en este sector lleva a la presencia de mo-

nopolios privados, particularmente en las grandes y medianas ciudades. En las cuatro ciudades más grandes del país encontramos las siguientes empresas monopolistas: la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Bogotá (EAAB), las Empresas Públicas de Medellín (EPM), y EMCali en Cali, Triple AAA en Barranquilla, de capital mixto.

Esa falta de competencia acarrea el ejercicio de una posición dominante respecto a los usuarios, y a los otros prestadores del mercado por la empresa principal cuando, ella, sirve mínimo al 25% de los usuarios o más¹³⁵. Que haya posiciones dominantes no es grave en sí, porque solo refleja la falta de competencia en un sector, pero lo que puede perturbar el buen funcionamiento del servicio de acueducto y la efectividad de los derechos de los usuarios son los abusos de posición dominante. Esas prácticas son varias y descritas ampliamente en el artículo 34 de la Ley 142/94 que trata de las prácticas abusivas a respecto de los otros prestadores, y en el artículo 133 de la misma ley, que trata de las prácticas abusivas a respecto de los usuarios. Las podríamos definir como prácticas por parte de las empresas prestadoras de servicios públicos que acarrean un incumplimiento de las normas comunes, pese a los derechos de los usuarios, y en beneficio de su propio interés, generalmente económico. Estos tipos de abusos son relacionados con la posición dominante ya que es justamente porque la empresa tiene una parte importante del mercado que se puede permitir este tipo de abusos, y además, es más difícil para el usuario de dirigirse hacia un otro prestador.

En este orden de ideas, la relación contractual con el prestador del servicio público que tiene una posición dominante puede convertirse en un “fascismo contractual” según la palabra de BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS (2010, p. 25) lo que sucede cuando “*en las situaciones en las que las desigualdades de poder entre las partes en el contrato de derecho civil (...) son tales que la parte débil, se rinde vulnerable por no tener alternativa, acepta las condiciones impuestas por la parte más fuerte, pese a que puedan ser muy costosas y despóticas*”. En efecto, cuando el prestador tiene una posición dominante, el usuario no puede cambiar para una otra fuente de suministro del agua y tiene que, generalmente, aprobar a un contrato de adhesión en el cual las condiciones contractuales son elegidas por una parte de manera unilateral, lo que fomenta una dominación contractual del prestador sobre el usuario.

Por esas razones, el monopolista puede abusar de su posición imponiendo cláusulas de permanencia mínima en el contrato, obligar al usuario a pagar servicios no prestados so pena de suspensión del servicio, e incluso no medir el consumo real del usuario, entre otros¹³⁶. Estos casos se pueden ilus-

¹³⁵ Artículo 14.13 de la Ley 142 de 1994

¹³⁶ Artículo 133 de la Ley 142 de 1994

trar con la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 6 octubre 1998¹³⁷ que caracteriza “la adopción de medidas de suspensión o no reinstalación del mismo sin fundamento legal real” como un abuso de posición dominante. También, la Corte Constitucional trató varios casos de sanciones pecuniarias injustificadas impuestas al usuario, cuyo cual la Empresa de Servicios Públicos impone sanciones pecuniarias sin realizar el procedimiento administrativo adecuado, lo que la Corte calificó de “actuaciones arbitrarias que comportan una vulneración del derecho fundamental al debido proceso de los usuarios, por haber sido expedidas sin tener facultad para el efecto”¹³⁸.

Otras prácticas abusivas pueden vulnerar la protección del usuario como la fijación de los precios que revela un gran poder de la Empresas de Servicios Públicos porque puede implementar ajustes en los precios tal un ajuste por indexación o actualización tarifaria según la inflación anual o un ajuste por emergencia y/o voladuras de redes (NÚÑEZ FORERO, 2017). Esta práctica causó un fenómeno de sobrecostos de la prestación del servicio de acueducto.

Pero la práctica abusiva más representativa es la suspensión del servicio de agua que afecta el derecho fundamental a la dignidad humana por conexidad y que designa la posibilidad “acceder a un conjunto de prestaciones necesarias para preservar ciertas condiciones materiales de existencia”¹³⁹. La posibilidad de suspender el servicio de acueducto está enmarcada por varias condiciones como el no pago de tres facturas del servicio por parte del usuario “y la reincidencia en una causal de suspensión dentro de un período de dos años”¹⁴⁰. En un primer tiempo, la Corte Constitucional autorizó el prestador a cobrar el servicio consumido y los intereses moratorios directamente sobre los saldos cuando el usuario no pagaba sus facturas, y después de “un debido proceso que le permita al usuario conocer la eventual adopción de estas medidas, ejercer su derecho de defensa y controvertir la decisión”¹⁴¹, que constituye una solución estricta. Pero cambió su jurisprudencia el año siguiente, tomando en cuenta: las razones del no pago por el usuario que puede ser “involuntario u obedece a una fuerza insuperable”, si el usuario merece una especial protección constitucional y el cumplimiento de sus derechos a través de la prestación del servicio de agua “como la vida, la igualdad, la dignidad o la salud”¹⁴². También la Corte Constitucional establece como debe actuar el prestador frente a esa situación, y el prestador “debe cambiar la forma en que se suministra el servicio y ofre-

¹³⁷ Corte suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, Sentencia de octubre 6 de 1998 :

¹³⁸ Corte Constitucional, Sentencia SU-1010 de 2008, MP Rodrigo Escobar Gil

¹³⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-927 de 1999, MP Carlos Gaviria Díaz

¹⁴⁰ Artículo 141 de la Ley 142 de 1994

¹⁴¹ Corte Constitucional, Sentencia SU-1010 de 2008, M.P Rodrigo Escobar Gil

¹⁴² Corte Constitucional, Sentencia T-546 de 2009, MP Maria Victoria Calle Correa

cerle al destinatario final unas cantidades mínimas básicas e indispensables, en este caso de agua potable”. Por ejemplo, en una sentencia de 2007, las Empresas Públicas de Medellín suspendieron el servicio de acueducto por falta de pago mensual a una persona que necesitaba condiciones óptimas de aseo y una cantidad de agua suficiente para un tratamiento médico de diálisis peritoneal ambulatoria. Por conexidad con el derecho al agua, se pudo usar el amparo de la tutela¹⁴³ y condenar esa práctica.

Esas prácticas abusivas amenazan los objetivos sociales de la Constitución relacionados con el derecho al agua y la garantía de una buena prestación de los servicios públicos. Tampoco corresponden a los objetivos económicos que buscan alcanzar un mercado perfectamente competitivo para que los usuarios sean libres elegir entre diferentes prestaciones para alcanzar su bienestar económico y evitar los abusos por las empresas prestadoras.

Esos abusos de posición dominante, tampoco, ocurren en todo caso, solo que las condiciones actuales de la prestación del servicio de acueducto son propicias a generar este tipo de abuso, y la cuestión es saber ¿por qué? Una parte de la explicación se encuentra en las particularidades del mercado del agua.

4.1.2. DIFICULTADES INHERENTES A LA CONSTITUCIÓN DE UN MERCADO DEL AGUA

Existe, en el sector del agua, unas particularidades inherentes al bien en circulación, el agua, y su distribución que vuelven complicada la prestación del servicio de acueducto a través de mecanismos de mercado, lo que acarrea fallas de mercado.

La primera falla es que la distribución del agua es un monopolio natural, lo que significa que se puede alcanzar economías de escala altas en relación con la demanda, en un largo plazo. En términos más comunes, las economías de escalas ocurren cuando los costos de funcionamiento son decrecientes para el prestador si es el único prestador en el mercado. ¿Por qué? Porque para permitir la distribución del agua, se necesita infraestructuras técnicas para el suministro, tratamiento, almacenamiento, la gestión los recursos hídricos y el transporte implementadas a la escala de una ciudad. Esas infraestructuras son costosas y no es lógico multiplicarlas para que cada operador pueda prestar el servicio, por esa razón, un prestador que actúa con una sola infraestructura permite alcanzar economías de escalas. Alcanzar economías de escalas es un objetivo estatal¹⁴⁴ y promover la com-

¹⁴³ Corte Constitucional, Sentencia T-270 de 2007, Dr. Jaime Araújo Rentería

¹⁴⁴ Artículo 2.7 de la Ley 142 de 1994

petencia en el sector del acueducto también, lo que son, profundamente, dos objetivos opuestos ya que las economías de escalas supone la negación de una competencia. Efectivamente, el PND (2018, p. 677) apunta que el alto número de prestadores del servicio público de acueducto “dificulta el desarrollo de economías de escala” (citando al DNP, 2014, p.97). Así, el sector del acueducto es un monopolio natural que genera poca competencia pero por lo cual los poderes públicos quieren integrar grados de competencia mientras se tiene como objetivo economías de escalas. Por consiguiente, la contradicción se encuentra en el hecho que hay demasiados prestadores para obtener economías de escala, pero no suficiente prestadores para alcanzar la competencia.

Además existen altos costos hundidos en el sector del agua, es decir, que las inversiones de partida para implementar un servicio público de acueducto con sus infraestructuras son tan importantes, que es casi imposible recubrir esas inversiones. Por esas razones, la prestación del agua potable es un monopolio natural porque tiene una doble barrera natural a la entrada del mercado (infraestructuras y costos hundidos) es decir que es difícil para un nuevo prestador entrar en el mercado para ejercer la actividad económica de prestación del acueducto.

La segunda falla es que el agua es de consumo masivo, por consiguiente, constituye una demanda inelástica que no corresponde a una visión de mercado en la los precios cambian, los cambios fluyen, y eso es el motor de la innovación y de los cambios.

Igualmente, considerar el agua como un bien económico que genera rentabilidad, es negar su especificidad. En efecto, los bienes típicos del mercado deben tener un bien equivalente que le puede reemplazar en la óptica de permitir una competencia real entre los prestadores, competencia alimentada por la libertad del consumidor que puede elegir libremente cualquier bien o servicio y reemplazarlos por otros. Esa falla, la describe la Corte Constitucional de esa manera: “Las fallas del mercado conllevan a que el precio y la calidad de los bienes, servicios y oportunidades que hay en el mercado no sean ofrecidos de acuerdo con la interacción de la oferta y la demanda, sino en las condiciones impuestas por algunas personas en perjuicio de otras”¹⁴⁵. Al lado de esas particularidades, tenemos también que precisar que el servicio de agua potable no tiene una rentabilidad que atraiga muchos los actores económicos y que podría alimentar una buena competencia. Así podemos instituir una relación entre las particularidades del sector de acueducto, su modelo de prestación empresarial y su falta de cobertura, tres elementos que constituyen una falla de mercado, llamada *el mercado incompleto*. *El mercado incompleto* es una falla que ocurre cuando el mercado no puede producir de manera suficiente para la demanda.

¹⁴⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-150/03, M.P. Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Por consiguiente, es difícil considerar el agua como un bien de mercado por las características inherentes a su prestación. También, porque es un recurso natural esencial para la vida humana, cuya especificidad está reconocida por el derecho internacional, y más precisamente por la Observación general n°15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CODESC), en su Introducción, en el cual consagra el agua como “un recurso fundamental limitado” que se distingue de los bienes dentro del mercado porque tiene limitaciones ambientales, porque no se puede apropiarse sus fuentes, y precisa que “El agua debe tratarse como un bien social y cultural, y no fundamentalmente como un bien económico”¹⁴⁶. Colombia ha firmado el PIDESC (1966) del cual dimanaban las recomendaciones del CODESC.

Las particularidades del sector del agua crean dudas sobre su compatibilidad con un modelo empresarial fundado principalmente en los mecanismos de mercado. Sin embargo, hemos visto que el marco normativo colombiano prevé unos mecanismos para regular los disfuncionamientos del mercado como la regulación de las tarifas, pero esa es también criticada por unos autores. Dentro de ellos, NÚÑEZ FORERO (2017), experto del servicio público de acueducto, afirma que el modelo empresarial de prestación de los servicios públicos no tuvo los resultados esperados en cuanto a la liberación de los costos y las tarifas reguladas. Explica su afirmación por el hecho que se ha provocado una serie de sobrecostos tarifarios a nivel de la administración, operación, mantenimiento, inversión, reposición y tasa de rentabilidad económica por parte de las empresas prestadoras del servicio de acueducto. La explicación es la siguiente, la CRA tiene que tomar en cuenta el criterio de suficiencia financiera cuando fija los topes mínimo y máximo de las tarifas, lo que equivale a garantizar “la recuperación de los costos y de los gastos propios de operación, incluyendo la expansión, la reposición y el mantenimiento”¹⁴⁷ del servicio. Este criterio tiene como meta remunerar los accionistas tal una empresa eficiente y garantizar la mejor calidad, continuidad y seguridad a los usuarios. Entonces, los costos están liberalizados, como lo afirma NÚÑEZ FORERO (2017), en el sentido que no hay control sobre la pertinencia de los costos de las empresas de servicios públicos. Además, la ley fija la obligación según la cual, esos costos, los deben pagar los usuarios¹⁴⁸, lo que lleva a la producción de sobrecostos injustificados. Parece que la ley misma considera que el criterio de recuperación de los costos debe ser limitado, pero la limitación que previó el legislador es un poco ligera porque se garantizará “a los usuarios a lo largo del tiempo los beneficios de la reducción prome-

¹⁴⁶ Párrafo 11 de la Observación n°15 del CODESC

¹⁴⁷ Artículo 87.4 de la Ley 142 de 1994

¹⁴⁸ Artículo 99.6 de la Ley 142 de 1994

dia de costos en las empresas que prestan el servicio” público a través de la fijación de las tarifas¹⁴⁹. Por lo tanto, es muy difícil garantizar esa reducción porque habría que vigilar y analizar, caso por caso, la pertinencia y el monto de los costos de las empresas prestadoras del servicio público de acueducto.

Por fin, lo que extraña es considerar y priorizar el criterio de los costos para cumplir una prestación que permite la materialización de un derecho fundamental. En efecto, la naturaleza de derecho fundamental impide cualquier condicionamiento a su materialización, pero la prioridad dada al criterio de suficiencia financiera¹⁵⁰ parece ser una condición al acceso al servicio público de acueducto, porque cuando no hay posibilidad de suficiencia financiera, los prestadores no se atreven a invertir en un zona en la que la rentabilidad no será y esas zonas son, generalmente, en situación de vulnerabilidad geográfica, social y económica.

Sin embargo, aunque existen otras alternativas para prestar el servicio público que por las empresas, y herramientas para controlar la prestación del servicio público, estas presentan fallos jurídicos que confirman la inadecuación del modelo de prestación de los servicios públicos para cumplir con los objetivos constitucionales.

4.2. LOS FALLOS JURÍDICOS DEL MODELO DE PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

El marco normativo de la prestación de los servicios públicos domiciliarios y su interacción con la realidad demuestra la existencia de unas fallas jurídicas en la prestación del servicio de acueducto constituidas por una falta de herramientas de los municipios para la prestación del servicio de acueducto (4.2.1) y una falta de herramientas para llevar a cabo una regulación eficiente (4.2.2).

4.2.1 LA FALTA DE HERRAMIENTAS JURÍDICAS Y FINANCIERAS DE LOS MUNICIPIOS PARA PRESTAR O GARANTIZAR EL SERVICIO PÚBLICO DE ACUEDUCTO

Como lo vimos en el CAPÍTULO II, PARTE I, la opción de último recurso para prestar los servicios públicos es el municipio cuando ninguna empresa de servicio público quiere prestarlo, o cuando el municipio quiere prestarlo y que las características técnicas y económicas le permitan. Pero además de tener que prestar el servicio público directamente, el municipio tiene unas competencias relativas a las garantías constitucionales de prestación de los servicios públicos domiciliarios que consolida

¹⁴⁹ Artículo 92 de la Ley 142 de 1994

¹⁵⁰ Artículo 87.7 de la Ley 142 de 1994

una responsabilidad muy grande. El artículo 5 de la Ley 142/94 detalla todas las competencias del municipio acerca de la prestación del servicio público de acueducto, las más relevantes son: Asegurar que se preste a sus habitantes, de manera eficiente, el servicio público de acueducto por empresas de servicios públicos; Asegurar la participación de los usuarios en la gestión y fiscalización de las entidades prestadoras; Disponer el otorgamiento de subsidios a los usuarios de menores ingresos y estratificar los inmuebles; y Apoyar con inversiones y técnicamente a las empresas de servicios públicos promovidas por los departamentos y la Nación. Al ver esas competencias, subrayamos la alta responsabilidad de los municipios acerca la prestación de los servicios públicos domiciliarios que supone herramientas técnicas, administrativas y financieras. Las grandes y medianas ciudades pueden contar con este tipo de herramientas, pero los municipios pequeños y de área rural, no tienen la tecnicidad para cumplir esos requisitos como nos lo señala el CONPES 3810 (2014).

Tampoco esos municipios rurales tienen las herramientas adecuadas para prestar directamente el servicio público de acueducto porque presentan una *“baja capacidad institucional y financiero o comunidades organizadas, que se caracterizan por no contar con instrumentos que le permitan acceder a los recursos para financiar proyectos de construcción, ampliación u optimizaron de los servicios”* (CONPES 3810, 2014). Tenemos que precisar que es cuando los municipios son lo más menesterosos que tienen que prestar el servicio directamente. También, si no tienen los medios adecuados para prestar el servicio público directamente y para asumir la responsabilidad que les incumbe es porque existe, en el modelo de prestación de los servicios públicos, unas inconsistencias.

La primera inconsistencia es administrativa porque cuando los municipios tienen que prestar el servicio público, se supone que es porque no pueden crear una empresa prestadora con su presupuesto y, por lo tanto, no disponen de una estructura jurídica específica para prestar directamente el servicio público ya que lo prestan con su propia personalidad jurídica, su propio personal y patrimonio¹⁵¹. Por consiguiente, el municipio toma todos los riesgos económicos de la gestión del servicio público, lo que es difícil de aguantar para un municipio de presupuesto modesto. Esta desigualdad jurídica no está compensada por la aplicación de reglas especiales a una prestación especial, en el sentido que el municipio tiene que aplicar, a su gestión, reglas parecidas a la gestión empresarial, mientras que la organización administrativa de un municipio no tiene nada que ver con la organización de una empresa privada. En este sentido, la ley preconiza a los municipios que asumen la prestación directa de un servicio público comportándose como una empresa separando la contabilidad del municipio de la del servicio público. También tienen que distinguir, dentro de su contabilidad, los ingresos y los gastos de la prestación del servicio con las rentas tributarias o no tributarias

¹⁵¹ Artículo 14.14 de la Ley 142 de 1994

que obtienen como autoridades políticas. Obviamente, el objetivo es sanear los gastos públicos, pero al mismo tiempo limita las posibilidades de financiar el servicio público para el municipio.

Además, los municipios están sometidos a las mismas exigencias de prestación y de regulación que las otras empresas, y también al control, a la vigilancia y a la inspección de la SSPD¹⁵². Todos esos elementos hacen de la prestación municipal una prestación prestada en condiciones de desigualdades a respecto de los otros operadores cuando los municipios no tengan las posibilidades administrativas y financieras suficientes para prestar el servicio público. Pero también, se parece que haya un control más estricto para los municipios prestadores porque el hecho que la Ley 142/94 les prevé unas sanciones específicas si no cumplen con las normas de calidad de las Comisiones de regulación, si suspenden el pago de sus obligaciones, si carecen de contabilidad adecuada o si violan de forma grave las obligaciones contenidas en la ley¹⁵³.

Por lo tanto, la Ley prevé un apoyo financiero, administrativo y técnico a los municipios por parte de los departamentos¹⁵⁴ y de la Nación¹⁵⁵ a través, para los departamentos, un papel de coordinación de las entidades prestadoras de servicios públicos y promoción de asociaciones de municipios para la prestación de estos¹⁵⁶. La Ley 142/94 no precisa los medios por los cuales se debe apoyar a los municipios y este apoyo se puede convertir en una responsabilidad muy importante sabiendo que la mayoría de los municipios que tienen que prestar directamente el servicio público de acueducto son municipios de categoría 6, es decir que tienen menos de 10 000 habitantes y poco presupuesto público.

Al nivel nacional, existen 979 municipios de categoría 6 sobre 1106. El problema es que estos municipios tienen mucha responsabilidad en materia de prestación de los servicios públicos domiciliarios y poco presupuesto, además el apoyo del departamento y de la Nación no es siempre garantizado. En materia financiera, la Nación y los departamentos otorgan los subsidios, preferentemente, a los municipios “que tengan menor capacidad para otorgar subsidios con sus propios ingresos”¹⁵⁷. La adición de “preferentemente” demuestra que no es una garantía.

¹⁵² Artículo 6.4 de la Ley 142 de 1994

¹⁵³ *Ibidem*

¹⁵⁴ Artículo 7.2 de la Ley 142 de 1994

¹⁵⁵ Artículo 8.4 de la Ley 142 de 1994

¹⁵⁶ Artículo 7.3 de la Ley 142 de 1994

¹⁵⁷ Artículo 99.9 de la Ley 142 de 1994

Los subsidios son la primera fuente financiera para la prestación de un servicio público, y tienen el carácter de gasto público social, lo que les da prioridad sobre cualquier otro gasto. También, están constituidos por “los ingresos corrientes y de capital, las participaciones en los ingresos corrientes de la Nación y los impuestos”¹⁵⁸. La segunda fuente financiera para la prestación de los servicios públicos por los municipios se constituye por las tarifas del servicio público pagadas por los usuarios, y que cubren los costos de administración, de operación y mantenimiento, y por las contribuciones de los estratos altos para subsidiar las tarifas de las personas de menores ingresos. El problema es que en los pequeños municipios no se puede alcanzar un equilibrio entre las contribuciones de los usuarios con capacidad de pago buena y los subsidios dados a los usuarios con menor capacidad de pago porque la estratificación no es adecuada para el área rural ya que, como lo vimos, la población rural tiene IPM más altos que el área urbano, lo que dificulta la financiación del servicio público en zona rural.

Además no existe ayuda especial para los municipios en cuanto a la inversión de partida que sirve a la implementación de un servicio público de acueducto con infraestructuras costosas porque las tarifas sirven exclusivamente a la administración, operación y mantenimiento que supone el funcionamiento habitual del servicio público. Y los subsidios se utilizan para subsidiar los estratos 1, 2 y 3 y para recuperar una parte solamente de la inversión¹⁵⁹. Por fin, constituir la inversión para la implementación de un servicio público de acueducto, con sus infraestructuras, es muy difícil para los pequeños municipios, casi imposible porque no es rentable y no existe garantía de subsidios puntuales para financiar el servicio con continuidad, eficiencia y calidad, objetivos consagrados por la Constitución.

Por fin, pudimos ver que la falla jurídica relativa a las herramientas de prestación y de garantía de prestación del servicio público por los municipios tiene una incidencia en el cumplimiento de las finalidades sociales del Estado. También, la segunda falla jurídica del modelo de prestación de los servicios públicos, en el sector de acueducto, tiene su par de responsabilidad en las fallas coyunturales de la prestación del servicio público de acueducto y se caracteriza por la falta de herramientas para lograr una regulación objetiva y eficiente.

4.2.2. LA FALTA DE HERRAMIENTAS PARA UNA REGULACIÓN EFICIENTE Y OBJETIVA

¹⁵⁸ Artículo 100 de la Ley 142 de 1994

¹⁵⁹ Decreto 565 de 1996, artículo 3, y Resolución 151 de 2001 numeral 2.5.2.2 de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico.

4.2.2.1 EXISTENCIA DE ASIMETRÍA DE INFORMACIONES ENTRE PRESTADORES Y ENTE REGULADOR

La regulación de los servicios públicos es esencial para conciliar los objetivos sociales y las libertades económicas, pero el modelo actual de regulación presenta unas fallas que no permiten alcanzar una regulación eficiente y objetiva que permita la conciliación susodicha.

Primero, tengamos en cuenta las particularidades susodichas del sector del acueducto porque dificultan la eficiencia de la acción de regulación, y particularmente, el alto número de prestadores en un sector poco competitivo. Efectivamente, existen 2.567 prestadores dispersos para 1.102 municipios que prestan el servicio de acueducto (PND, 2018, p. 677) en zonas diferentes (urbana, periurbana, rural). Este alto número de prestadores y su dispersión fue denunciada por varios reportes como el CONPES 3810 y el PND 2018, porque dificulta la regulación centralizada de las comisiones, ya que no tienen las herramientas potentes para lograr a ser eficiente en un esquema de prestación descentralizado y disperso.

Además de este alto número de prestadores en el sector del acueducto, se constata una falla particular del sector del acueducto que es la asimetría de informaciones entre la entidad reguladora y los prestadores regulados porque se supone que existe muchos más prestadores que el número oficial. Por ejemplo se estimó a 11.500 el número de prestadores de servicios de agua y saneamiento en el rural según el Inventario Sanitario Rural (ISR), de lo cuales 90,5% son comunitarios (CONPES 3810, 2014, p.30). La diferencia entre el número oficial de prestadores y las estimaciones es un problema evocado también por NÚÑEZ FORERO (2017) en su libro. El CONPES 3810 (2014) evoca también la información limitada en cuanto a la población que utiliza soluciones individuales de abastecimiento. La razón por la cual estos prestadores comunitarios no se declaran es porque quieren escapar al marco regulatorio y normativo que reglamenta la prestación de los servicios públicos domiciliarios, porque estos les podrían impedir manejar su actividad libremente y con los medios que tienen que, no siempre, les permiten respetar las exigencias del marco normativo por falta de medios.

También, SALAMANCA LEÓN (2001) resalta el problema de las asimetrías de informaciones cuando las empresas ocultan o desvirtúan la información a los entes reguladores, informaciones como la de sus ingresos y la de las tasas de retorno al capital, con la finalidad de escapar a la regulación tarifaria.

Esas asimetrías de informaciones constituyen una falla del marco regulatorio de los servicios públicos que disminuye la capacidad de acción eficiente del ente regulador en la asignación de los recur-

sos, en la fijación de los precios, y en la toma de decisiones porque esas decisiones no pueden ser totalmente adecuadas a la situación real ya que, esta, es desconocida.

También las informaciones desvirtuadas conciernen la calidad del agua con una relación fuerte entre los departamentos y los municipios que no cumplen con las normas de calidad del agua y la escasez información que estas entidades territoriales dan. En el *Estado de vigilancia de la calidad del agua* (INS, 2017), para el cálculo del IRCA al nivel departamental, se afirma tener datos para el 93,7% de la zona urbana de los departamentos y del 87,1% de la zona rural. Los departamentos del Amazonas y de la Guajira no presentaron datos para ambas zonas, y los departamentos de Arauca, Chocó, Guaviare y Valle del Cauca no presentaron datos para el área rural (p. 3 y 4). Asimismo, se debe precisar que cuando se tiene unas informaciones sobre la calidad del agua, las muestras reportadas por los municipios no cubren totalmente el área del departamento. Es el caso del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina por el cual "Del total de las muestras reportadas en el departamento durante el 2017, el 15,9% (55) fueron recolectadas en la zona urbana, el 12,7% (44) en la zona rural y no hubo información de la zona de reporte para el 71,5% (248)" (INS, 2017, p. 20). Por consiguiente, significa que los municipios envían muestras sin ubicación, lo que es el caso del 44% de las muestras recibidas al nivel nacional (INS, 2017, p.1). Las razones de esa falta pueden deberse a que faltan medios técnicos para precisar la ubicación, o que desvirtúan la información deliberadamente. En consecuencia, el IRCA del Archipiélago es de riesgo bajo mientras que las recomendaciones turísticas es no beber el agua del grifo.

Las asimetrías de informaciones entorpecen la acción de regular y controlar el servicio público de acueducto y la culpa incumbe a los municipios y a los prestadores que reportan mal las informaciones, a los organismos de recolección de las informaciones y a la CRA. Dado que las culpas se entremezclan, que son directas y indirectas, afirmamos que el disfuncionamiento se ubica en el modelo mismo de la prestación de los servicios públicos. Por lo tanto, esa asimetría de información está favorecida también por la existencia de fallas estructurales en el modelo de regulación de los servicios públicos domiciliarios.

4.2.2.2. FALLAS ESTRUCTURALES DEL MODELO DE REGULACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

Dos fallas estructurales caracterizan el modelo de regulación de los servicios públicos en Colombia; la falta de independencia orgánica de la CRA (4.2.2.2.1) y la falta de independencia funcional de esa misma entidad (4.2.2.2.2).

4.2.2.2.1. LA FALTA DE INDEPENDENCIA ORGÁNICA DE LA CRA

La falta de independencia orgánica significa que, en su estructura orgánica misma, la CRA no goza de una

independencia tal como se necesitaría para ejercer plenamente su función reguladora. En efecto, la CRA está compuesta de cuatro miembros del Gobierno nacional que son el Ministro de Vivienda, Ciudad y Territorio, el Ministro de Salud y Protección Social, el Ministro de Ambiente y Desarrollo Sostenible y el Director del Departamento Nacional de Planeación. Además, el Presidente de la CRA, el Ministro de Vivienda, Ciudad y Territorio, tiene la posibilidad de vetar las decisiones de la CRA. Entonces, existe una influencia del poder ejecutivo, de hecho, en las decisiones de la CRA pero no se sabe con qué grado se ejerce esta influencia.

Luego, la CRA está compuesta por cuatro miembros expertos en la materia del agua potable. Todos los miembros expertos están nombrados por el Presidente y ninguno está sometido al régimen de carrera, pero deben acreditar de una experiencia mínima de 10 años en el sector. Por último, tenemos el Superintendente de Servicios Públicos que es un miembro sin capacidad de voto nombrado por el Presidente también.

El hecho de que la totalidad de los miembros sean nombrados por el Presidente y que la mitad forme parte del Gobierno pone en duda la posible independencia de la CRA respecto del poder político y ejecutivo, pero también con respecto a las empresas prestadoras de servicios públicos porque las empresas oficiales del Estado atienden más 50% de los usuarios, sin contar las empresas mixtas que tienen, en parte, un capital público. En este orden de ideas, existe un riesgo de que existan decisiones que favorezcan las empresas prestadoras de capital público, negando la objetividad que tiene que guiar la regulación.

Sin embargo, al respecto de los expertos comisionados, se les aplica un régimen de inhabilidades e incompatibilidades¹⁶⁰ que les prohíbe, salvo excepción legal, todo tipo de relación con las Empresas de Servicios Públicos, lo que es esencial para la independencia de los miembros. Por lo tanto, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades no toma en cuenta las relaciones de los miembros con el sector privado mientras que existen algunos sectores que podrían tener intereses en la gestión del agua ya que es un sector estratégico para la industria que es gran consumidora de agua.

De manera general, la independencia hacia los intereses políticos y económicos es importante porque pueden generar efectos negativos y contraproducentes en la toma de decisión de las comisiones de regulación respecto de los servicios públicos. En efecto las interferencias políticas son guiadas por los intereses de grupos políticos que no buscan ni el interés general, ni el interés de los demás sino su interés propio para mantenerse en el poder. Al cometer esa interferencia, la clase política va

¹⁶⁰ Artículo 44 de la Ley 142 de 1994

a negar el interés social de los usuarios y el interés económico de las empresas prestadoras de servicios públicos, favoreciendo unas empresas en menoscabo de las otras y creando un clima económico que puede no favorecer la inversión privada. Este fenómeno es descrito por SALAMANCA LEÓN (2001) y consiste en la “apropiación del marco regulatorio”. Este fenómeno sucede cuando varias influencias se ejercen sobre la regulación y sus entes reguladores, estos son, el legislador y el ente regulador. Esas influencias pueden provenir del gobierno como lo vimos, pero también de las empresas reguladas, de los grupos de intereses o de los consumidores... Y esa apropiación del marco regulatorio no permite alcanzar los objetivos constitutivos de la regulación porque la regulación se quiere objetiva y se implementó para evitar el monopolio de un interés otro que el de la regulación fijado por la teoría y por el marco normativo. El sector privado también puede crear interferencias en la regulación del sector de acueducto porque el recurso hídrico es muy importante para las industrias y su costo es determinante para el proceso de producción, lo que acarrea el fenómeno de la captura del regulador¹⁶¹. Por esa razón sería pertinente establecer reglas de inhabilidades e incompatibilidades de los miembros con el sector privado también.

Pero la independencia orgánica no es la única variable de la independencia de la CRA, existe también la independencia funcional que dimana de la anterior.

4.2.2.2.2 FALTA DE INDEPENDENCIA FUNCIONAL DE LA CRA

Por falta de independencia funcional, se entiende que, en el ejercicio de sus funciones, la CRA no tiene la libertad necesaria, ni las herramientas óptimas para llevar una función reguladora eficiente y propia, lo que se determina a través de diversos elementos.

La primera duda sobre la independencia funcional de las comisiones la creó el artículo 68 de la Ley 142/94 “*Delegación de funciones presidenciales*”, que desarrolla el artículo 370 de la Constitución e inicia el CAPÍTULO III correspondiente a las comisiones de regulación en la Ley 142/94. En efecto, este artículo supone que las funciones de las comisiones de regulación, se las delega el Presidente de la República. Aunque la interpretación de este artículo ha ocasionado un debate importante sobre la naturaleza de las funciones de las comisiones, el Decreto 1524 de 1994 nos confirma la delegación de las funciones presidenciales en la CRA en su primero artículo:

“Delégase 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

¹⁶¹ Teoría de Georges STIGLER en su libro *The Theory of Economic Regulation* (1971) citado por CARRIGAN Y COGLIANESE (2015, p.3) “regulation is acquired by the industry and is designed and operated primarily for its benefit” que significa que la regulación está entre las manos de la industria, diseñada por ella, y manejada principalmente para sus beneficios.

servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones, en la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico”.

Esa delegación presidencial marca la primera falta de independencia funcional de las comisiones como nos lo recuerda el Profesor NÚÑEZ FORERO (2017) porque cuando el Presidente quiera asumir estas funciones en vez de las comisiones, lo podrá.

En segundo lugar, la falta de independencia funcional se encuentra en su forma jurídica de Unidades Administrativas Especiales¹⁶². En efecto, según PIMIENTO ECHEVERRI, (2016, p. 13) esa naturaleza jurídica origina varias consecuencias la pertenencia de las comisiones al Estado, y más precisamente a la rama ejecutiva del poder. Además, las comisiones no tienen personalidad jurídica, lo que sugiere su subordinación a una organización superior a través de un control jerárquico. En el caso de la CRA, está adscrita al Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio y, al ver su composición, su control jerárquico parece ser efectivo.

Lo más sorprendente es que el modelo de regulación colombiano no atribuye funciones sancionarias a las comisiones porque es la SSPD que las ejerce. Esa especificidad complica la comprensión de la función reguladora y su distinción con la función de la SSPD que es *“el control, la inspección y vigilancia de las entidades que los presten”*¹⁶³. Sin embargo, como lo hemos dicho, la regulación, en su teoría y sus expectativas, se percibe como una función activa con una capacidad para influir en el mercado con el fin de restablecer sus condiciones óptimas de eficiencia vía, entre otros, sanciones. Por consiguiente, la sola producción de normas por la CRA no parece ser una función especial que tiene que ser atribuida a un órgano especial ya que otros actores estatales como el Gobierno y el Congreso lo pueden hacer como nos lo recuerda SALAMANCA LEÓN (2001).

Esa separación entre la producción de normas y la función sancionadora parece limitar las capacidades de las comisiones de regulación de tal manera que pierda eficiencia en la regulación del sector porque se les quita la facultad de hacer cumplir sus propias normas proferidas a través de sanciones. Además, son entidades expertas que tendrían las capacidades técnicas para imponer las sanciones de manera tan apropiada como la SSPD. En este sentido, PIMIENTO ECHEVERRI (2016, p 20) afirma también que *“En cualquier caso, la duplicidad de órganos no parece ser adecuada para la finalidad de una intervención técnica e independiente en el mercado, alejada de los avatares de la política”*. Por consiguiente, la falta de independencia funcional, como la de independencia orgánica de la CRA, se traduce en la ausencia de una función reguladora propia a las comisiones y fundamenta una debilidad institucional que no le permite llevar de compatibilizar los intereses económi-

¹⁶² Artículo 69 de la Ley 142 de 1994

¹⁶³ Artículo 370 de la Constitución

cos y los intereses sociales que constituyen objetivos de valor constitucional acerca de la prestación de los servicios públicos.

CONCLUSIÓN

La confrontación del modelo del servicio público de acueducto y de su prestación con la realidad concreta de su funcionamiento ha confirmado la hipótesis de partida según la cual el modelo del servicio público de acueducto no permite la materialización de los objetivos constitucionales atados a la prestación de estos.

En efecto, a través de una metodología deductiva, la confrontación del modelo de servicio público con la realidad colombiana revela el fracaso del modelo de prestación del servicio público de acueducto que cumple ni con las exigencias de un acceso universal, ni con una calidad mínima del agua, y ni con una prestación continua del servicio de acueducto al nivel nacional.

Las fallas jurídicas del modelo de servicio público de acueducto de Colombia son eminentemente estructurales y alimentadas por las contradicciones teóricas e ideológicas del modelo de prestación de los servicios públicos y por la ausencia de un Estado que permita la prevalencia del interés general sobre los intereses particulares.

El modelo de prestación del servicio público de acueducto necesita un cambio estructural que revise los principios que le fundamentan ya que el derecho al agua parece incompatible con la idea de una rentabilidad económica en un país como Colombia con su realidad económica, geográfica y social propia.

La reflexión sobre el servicio público de acueducto en Colombia revela la pertinencia de una comparación de este modelo con los de otros países, particularmente los países europeos y Francia que cuyo servicio público es de gestión estatal con, a veces, una colaboración con el sector privado, sin olvidarse de los principios del servicio público.

BIBLIOGRAFÍA

- AMADOR CABRA, L. E. (2011). *Los servicios públicos frente a las reformas económicas en Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 1a. ed.
- BARRETO MORENO, A. A. (Diciembre, 2014). Las comunidades organizadas como prestadoras del servicio público de acueducto en la zona rural de Bogotá D. C.: el caso de los acueductos veredales de Mochuelo Bajo, Pasquilla, La Unión y Andes. *Revista de Derecho Público*, 33. Universidad de los Andes (Colombia).
- CARRIGAN, CHRISTOPHER AND COGLIANESE, CARY. (2016). *Capturing Regulatory Reality: Stigler's The Theory of Economic Regulation*. United State of America: University of Penn, Institute for Law & Economic Research Paper No. 16-15.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 142 de 1994 expedida el 11 de julio 1994, por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones.
- CONSEJO NACIONAL DE POLÍTICA ECONÓMICA Y SOCIAL (CONPES) y DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN (DNP). (2014). Política para el suministro de agua potable y saneamiento básico en la zona rural. Documento CONPES 3810. Julio 3, Bogotá D.C, República de Colombia.
- CONTADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN (CGN) (2019). Categorización por municipios 2019.
- CORREA ASSMUS, G. (2015). *Laudado Si'* y la cuestión del agua en Colombia. *Revista de la Salle*, n°68, PP. 215-231.
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO. (2011). Diagnóstico de la calidad del agua para consumo humano (2010). Análisis de las políticas públicas desde el enfoque de derechos humanos. Bogotá D.C.
- DELGADO, S.M., TRUJILLO, J.M., Y TORRES-MORAS, M.A. (2017). Gestion del agua en comunidades rurales; Caso de estudio cuenca del río Guayuriba, Meta - Colombia. *Luna Azul*, n°45, julio-diciembre 2017. Universidad de Caldas.

DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (DANE). (2017). Colombia-Gran Encuesta Integrada de Hogares (GEIH). Bogotá: DANE.

DE SOUSA SANTOS BOAVENTURA. (2010). *Para descolonizar el Occidente: Más allá del pensamiento abismal*. 1a ed. - Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales CLACSO: Prometeo Libros, 2010.

FERNEY MORENO, L. (2016). Regulación para lograr los objetivos públicos: el caso de los servicios públicos de Colombia. *Revista de la Facultad de Derecho, Derecho PUCP* n°76, pp. 227-287.

FRIEDMAN MILTON. (1962). *Capitalisme et liberté*. Traducción por A. Charno. Paris: Alisio 2018

GOBIERNO DE COLOMBIA. (DNP) *Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022: Pacto por Colombia, Pacto por equidad*. Bogotá D.C, Colombia: DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN

GORDILLO AGUSTÍN. (1974). *Tratado de derecho Administrativo: parte general*. - 10a ed. - Buenos Aires : Fund. de Derecho Administrativo, 2009.

GUINARD-HERNÁNDEZ, D. (2017). La ‘regulación económica’ como instrumento de dirección estatal de la economía. *Revista general de derecho administrativo, n°18*, segundo semestre/2017, pp. 177-224

INSTITUTO DE HIDROLOGÍA, METEOROLOGÍA Y ESTUDIOS AMBIENTALES DE COLOMBIA (IDEAM). (2018). Reporte sobre el avance del estudio nacional del agua 2018. Bogotá, Colombia.

INSTITUTO NACIONAL DE LA SALUD - INS. (2017a). Estado de vigilancia de la calidad del agua para consumo humano en Colombia 2017.

-INS (2017b). Relación de la calidad del agua para consumo humano con la incidencia de enfermedad diarreica aguda en Colombia, 2017.

-INS (2017c) Enfermedad diarreica aguda en Colombia, 2017.

NÚÑEZ FORERO, F. (2017). *Servicios públicos domiciliarios, telecomunicaciones e infraestructura* (Instituciones, regulación y competencia). Bogotá: Universidad del Externado de Colombia.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS) Y UNICEF. (2015). Progresos en materia de saneamiento y agua: informe de actualización de 2015 y evaluación de los OMD. Recuperado el 11 de junio 2019, de: <https://washdata.org/file/134/download>

COMITÉ DE DERECHO ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. Observación general N° 15: El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966). Disponible en <https://www.escri-net.org/es/recursos/observacion-general-no-15-derecho-al-agua-articulos-11-y-12-del-pacto-internacional>.

PÉREZ RINCÓN, M. A. (2005). Privatización y globalización en los servicios públicos de acueducto y alcantarillado. Balance para el caso de Palmira, Valle del Cauca, Colombia. *Ingeniería y competitividad*. Vol. 7, No.1, Julio de 2005. pp. 90-103. Universidad del Valle. Colombia

PIMIENTO ECHEVERRI, J.A. (2016). Las comisiones de regulación en Colombia. Anatomía de una institución. *Derecho PUCP*, n°76, 2016. pp 123-150. Bogotá, Colombia.

RECALDE CASTAÑEDA, G. (2016). Acceso equitativo a servicios de agua potable y alcantarillado: una oportunidad para el activismo judicial y social al nivel local. *Revista de Derecho*. Núm. 46, julio-diciembre, 2016, pp. 257-291. Universidad del Norte. Barranquilla, Colombia

SALAMANCA LEÓN, J. (CRA). (2001). *El Estado del Arte de la Regulación, en el sector de agua potable y saneamiento básico en Colombia*. Bogotá, Colombia: Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico.

SÁNCHEZ GARCÍA, C.A Y VILLEGAS CARRASQUILLA, L. (2001). Regulación de los servicios públicos; Redefinición constitucional del Estado Colombiano. *Derecho constitucional, perspectivas críticas*. Bogotá: Legis.

SMITH ADAM (1776). *La richesse des nations*. Paris, France: Flammarion (1991).

STIGLITZ, JOSEPH (2000). *La economía del sector público*. Barcelona: Antoni Bosch.

SUBDIRECCIÓN DE AGUA Y SANEAMIENTO. DIRECCIÓN DE DESARROLLO URBANO (SAS), Y DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN (DNP). (2013). Evolución de las coberturas de los servicios de acueducto y alcantarillado (1985-2013). 20 años de Regulación de los Servicios Públicos Domiciliarios de Acueducto, Alcantarillado y Aseo en Colombia. Bogotá D.C, Colombia.

SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS. (2018). Estudio Sectorial de los servicios públicos domiciliarios de Acueducto y Alcantarillado 2014 - 2017. Gobierno de Colombia.

VALLEJO ALMEIDA, G. (2016). La captura regulatoria y su relación con las fallas del mercado. En J.A. CUBIDES CÁRDENAS, J.E. PINILLA MALIGNÓ, J. TORRES ÁVILA & G. VALLEJO ALMEIDA. *Derecho público en le siglo XXI: regulación del mercado, contratación pública y derechos humanos* (pp.13-35). Bogotá: Universidad Católica de Colombia.

VILLAR BORDA, L. (2007). Estado de derecho y Estado social de derecho. *Revista Derecho del Estado* n°20.

VON MOHL R. (1859). *Encyklopädie der Staatswissenschaften*. Tübingen: Laupp

WALRAS LÉON. (1874). *Éléments d'Economie Politique Pure: ou Théorie de la Richesse Sociale*. Kessinger Publishing: (2010)

WILLIAMSON JOHN. (1989). *Decálogo del Consenso de Washington* apoyado por el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial y el Departamento del Tesoro de los Estados Unidos.