

SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS

OFICINA ASESORA JURÍDICA

CONCEPTO UNIFICADO 24

***Nota del Editor.** Dentro de lo establecido para el régimen tarifario para el servicio de acueducto y saneamiento básico, se revisaran aspectos como el concepto unificador, los elementos básicos y subsidios aplicables a este régimen. Adicionalmente se revisara, la aplicación y la obligación de la progresividad, las reglas creadas para definir el derecho al agua. De este modo , contamos con un documento dirigido especialmente a analizar todos los aspectos que rodean el régimen tarifario para definir el cobro por el servicio de agua.*

Concordancia. [Concepto 742 de 2014. Concepto 719 de 2014. Concepto 288 de 2013. Concepto 172 de 2012. Concepto 486 de 2009. Concepto 806 de 2008. Concepto 553 de 2008.](#)

EL RÉGIMEN TARIFARIO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BÁSICO

I.- ASPECTOS PRELIMINARES

1.1.- ¿A qué servicios se refiere este concepto unificador?

El esquema constitucional de los “servicios públicos domiciliarios” fue desarrollado, principalmente, a través de la ley 142 de 1994. En esta ley se determina cuáles actividades son consideradas dentro del (i) “servicio público domiciliario de acueducto”, del (ii) “servicio público domiciliario de alcantarillado” y del (iii) “servicio público de aseo”, a los que se refiere este concepto.

De acuerdo con el numeral 14.22 de la ley 142 de 1994, el “servicio público domiciliario de acueducto”, llamado también “servicio público domiciliario de agua potable”, es la distribución municipal de agua apta para el consumo humano, incluida su conexión y medición. También se aplicará a las actividades complementarias tales como captación de agua y su procesamiento, tratamiento, almacenamiento, conducción y transporte.

De acuerdo con el numeral 14.23 de la ley 142 de 1994, el “servicio público domiciliario de alcantarillado” es la recolección municipal de residuos, principalmente líquidos, por medio de tuberías y conductos. También se aplicará esta ley a las actividades complementarias de transporte, tratamiento y disposición final de tales residuos.

De acuerdo con el numeral 14.24 de la ley 142 de 1994, el “servicio público de aseo”, modificado por el artículo 1 de la Ley 689 de 2001, es el servicio de recolección municipal de residuos, principalmente sólidos. También se aplicará esta ley a las actividades complementarias de transporte, tratamiento, aprovechamiento y disposición final de tales residuos. Igualmente incluye, entre otras, las actividades complementarias de corte de césped y poda de árboles ubicados en las vías y áreas públicas; de lavado de estas áreas, transferencia, tratamiento y aprovechamiento.

Este numeral, además, debe entenderse en el sentido de que la ley 142 de 1994 no le aplica a la recolección de residuos peligrosos a partir de la entrada en vigencia de la Ley 430 de 1998. Aspecto confirmado con la expedición de la Ley 1152 de 2008.

1.2.- El régimen tarifario, dos elementos básicos y diferentes: tarifas y subsidios

1.2.1.- Tarifas

Si bien el artículo 365 de la Constitución Nacional de 1991, señala que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado y que éste debe asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional, ello no significa que la misma se haga en condiciones de gratuidad.

Al respecto, en la sentencia C-580 de 1992, la Corte Constitucional señaló que el criterio de costos es soporte esencial del actual régimen tarifario, atendiendo "una racional determinación de los costos de las tarifas, mediante el aseguramiento de los activos de las entidades de servicio público, con el fin de garantizar su financiación, ajustando las tarifas a "los cambios en los costos reales" a fin de mantener el equilibrio económico-financiero de la empresa y garantizar la cobertura futura de los servicios"

Por su parte, mediante la Ley 142 de 1994, y en virtud de los principios de solidaridad y redistribución de ingresos en la adopción de las fórmulas y tarifas de los servicios públicos domiciliarios, el legislador dispuso la improcedencia en la exoneración del pago de los servicios públicos para personas naturales o jurídicas.

Así, la tarifa es el “precio” que se paga por el servicio recibido. “Precio” que remunera los costos que fueron necesarios para la prestación del servicio, en atención al principio de onerosidad de los servicios públicos, consagrado constitucionalmente. Al respecto, en la sentencia C-493 de 1997, la Corte Constitucional señaló:

“Cabe destacar que tanto de la noción que del contrato de servicios públicos da la ley, como del régimen constitucional de los mismos, se desprende una característica importante y es el carácter oneroso de esos servicios. Ya la Corte ha hecho énfasis en que pese a quedar “supérstite en pocos servicios”, actualmente la idea de gratuidad ha sido abandonada, siendo los servicios públicos, por regla general onerosos y “surgiendo la obligación para las personas y los ciudadanos de contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado, dentro de conceptos de justicia y equidad (numeral 9o. artículo 95 y artículo 368 ibídem).

En efecto, de conformidad con el artículo 128 de la Ley 142 de 1994, la empresa presta los servicios públicos al usuario, “a cambio de un precio” y, de otra parte, la misma Constitución, tratándose de los servicios públicos domiciliarios, alude a un régimen tarifario que ha de tomar en cuenta criterios de costos, solidaridad social y redistribución de ingresos. De igual manera, la Carta Fundamental dispone que atañe a la ley la determinación de las autoridades competentes para fijar las tarifas (art. 367) y autoriza a la Nación, a los Departamentos, a los Distritos, a los municipios y a las entidades descentralizadas para que, en sus respectivos presupuestos, concedan subsidios a las personas de menores ingresos a fin de que “puedan pagar las tarifas de los servicios públicos domiciliarios que cubran sus necesidades básicas”(art. 368 C.P.).”

Así, en atención de lo dispuesto en el artículo 367, sobre onerosidad de los servicios públicos domiciliarios, en los artículos 34 y 99 de la ley 142 de 1994 se estableció la improcedencia de la exoneración de pagos en los servicios públicos normados por esta ley.

Igualmente, en el artículo 128 de la ley 142 de 1994 se establece que el esquema de prestación de los servicios públicos se da a través del “contrato de servicios públicos”, entendido como un contrato uniforme, consensual, en virtud del cual una empresa de servicios públicos los presta a un usuario “a cambio de un precio en dinero”.

De modo que, los usuarios tienen el derecho a recibir el servicio por parte de la empresa prestadora, en forma continua y de buena calidad, a cambio del valor de la tarifa que pagan, la cual debe ajustarse, a la metodología establecida por la Comisión de Regulación de Agua

Potable y Saneamiento Básico, de acuerdo con las estipulaciones de dicho contrato como señalan los artículos 128, 129 y 136 de la Ley 142 de 1994.

Así mismo, debe señalarse que el numeral 87.8 de la ley 142 de 1994, establece que toda tarifa tendrá un carácter integral, en el sentido de que supondrá una calidad y grado de cobertura del servicio, cuyas características definirán las comisiones reguladoras. De modo que, dispone textualmente dicho artículo “Un cambio en estas características se considerará como un cambio en la tarifa”.

1.2.2.- Subsidios

El artículo 367 de la Constitución señala que el régimen tarifario tendrá en cuenta, entre otros criterios, los de solidaridad y redistribución de ingresos.

Por su parte, el artículo 368 de la Constitución permite a la Nación, a los entes territoriales y a sus entidades descentralizadas conceder subsidios a las personas de menores ingresos para el pago de las tarifas correspondiente al consumo básico de los servicios públicos domiciliarios.

De manera básica, los subsidios se entienden como la diferencia entre lo que se paga por un bien o servicio y el precio de éste. Por ello, le hemos dado un espacio aparte a los subsidios, en la medida en que de dicho artículo y de su concepto, en estricto sentido, se desprende que no hacen parte de las tarifas, sino que sirven para su pago.

II.- ¿CUÁL ES EL RÉGIMEN JURÍDICO DE DICHAS TARIFAS Y SUBSIDIOS?

2.1.- El esquema de fuentes en Colombia

Para entender, adecuadamente, el régimen de las tarifas y subsidios de todos los servicios públicos domiciliarios es preciso comenzar por lo dispuesto en el “bloque de constitucionalidad”, en relación con el acueducto, como forma de cumplimiento del “derecho al agua”, y con los servicios alcantarillado y aseo como parte del “derecho a una vivienda adecuada”, como se le denomina internacionalmente, o del “derecho a la vivienda digna”, como aparece en nuestra Constitución.

El esquema de “fuentes del derecho” determinado en la Constitución Política de 1991 está planteado de modo que no haya duda sobre la superioridad de la Constitución en relación con las demás fuentes de carácter interno. Superioridad que fundamenta (i) el control de constitucionalidad que lleva a cabo la Corte Constitucional colombiana (en adelante “CCC”), a través de una acción pública o de manera previa y automática para determinados casos, por medio del cual, la ley declarada inconstitucional sale del ordenamiento jurídico, (ii) el control constitucional que lleva a cabo el Consejo de Estado en relación con los decretos que no le corresponde juzgar a la CCC y (iii) la aplicación de la “excepción de inconstitucionalidad”, por medio de la cual cualquier operador jurídico tiene la obligación de no aplicar, en un caso concreto, una disposición normativa que contraría de manera evidente la Constitución.

También debe tenerse en cuenta que dicho esquema tiene distintos tipos de comunicación entre la Constitución y las fuentes de carácter internacional, de modo que, dependiendo del tipo de tratado, éste tendrá rango constitucional o rango legal. En el caso de los tratados de derechos humanos ratificados por la República de Colombia, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 93 de la Constitución, éstos tienen rango constitucional. En dicho artículo se dispone que los derechos y deberes consagrados en la Constitución, sin hacer distinción alguna, se interpretaran de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

De modo que, tanto la CCC, como “órgano de cierre” en la interpretación de la Constitución, como el Congreso colombiano al momento de cumplir su labor de desarrollar las disposiciones constitucionales a través de la expedición de leyes, como todo operador jurídico, tienen la obligación de atender lo dispuesto en dichos tratados. Por supuesto, lo anterior debe hacerse siguiendo las interpretaciones que de dichos tratados han hecho sus “interpretes autorizados”, verbigracia, para el caso del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante “el Pacto” o “PIDESC”), atendiendo las Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU (en adelante “el Comité”) .

Lo anterior, por razones de tipo jurídico y de orden lógico. De tipo jurídico, en la medida en que apartarse de dichos pronunciamientos sería contrario al mandato de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, contenido en los artículos 26 y 31.1, de acuerdo con el cual los tratados deben interpretarse y aplicarse de “buena fe”.

Además, por razones de orden lógico, ya que, en la mayoría de los casos, las disposiciones de los tratados internacionales sobre derechos humanos son tan generales como las disposiciones constitucionales, de modo que, si el intérprete de la Constitución se limita al mero texto del tratado no encontrará mayor desarrollo con el cual darle contenido a la disposición constitucional.

De acuerdo con lo anterior, hacen parte del “bloque de constitucionalidad” los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia y éstos deben tomarse en los términos en los

que hayan sido desarrollados por sus intérpretes autorizados. Así lo ha señalado la Corte Constitucional, entre otras, en las sentencias T- 426 de 1992, T-568 de 1999, T-1319 de 2001, C-067 de 2003 y C-370 de 2006 y C-010 de 2000.

2.1.1.- El “bloque de constitucionalidad” y el régimen de los “servicios públicos domiciliarios” como derechos económicos, sociales y culturales⁶

Dentro de las varias sentencias en las que se ha aplicado el “bloque de constitucionalidad” a DESC -la más de las veces en relación con el derecho a la salud-, se pueden destacar, para este concepto unificador, dos sentencias: la C-936 de 2001 -por su temática- y la T-591 de 2008 -porque permite conocer la posición vigente de la Corte-.

En la reciente sentencia T-591 de 2008, la Corte interpretó el “derecho a la salud” con base en el “bloque de constitucionalidad”, obedeciendo lo dispuesto en la Observación General No. 14 del Comité del Pacto. La Corte fundamentó su interpretación en los siguientes términos:

“Dicha regla general, ha evolucionado y en la actualidad ya existe consenso en la comunidad jurídica a partir de la fuerza vinculante del precedente constitucional, en reconocer a la salud no como un mero servicio público que se brinda por el Estado en mayor o menor medida según sus políticas públicas (Art. 49 C.P.) sino como un típico derecho subjetivo cuyo contenido interpretado de conformidad con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en cumplimiento de lo ordenado por el artículo 93 Superior otorga a cada una de las personas residentes en Colombia el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, de carácter fundamental autónomo en lo atinente a: i) recibir la atención de salud definida en el Plan Básico de Salud, el Plan Obligatorio de Salud y el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado, ii) a obtener la protección de los elementos esenciales del derecho a la salud como son la disponibilidad, la accesibilidad, la aceptabilidad y la calidad definidas en la Observación General N°14 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales y, iii) en los casos en que el paciente sea un sujeto de especial protección como en el caso de las niñas y niños, las personas con discapacidad y los adultos mayores.”

De otro lado, existen pronunciamientos de la Corte con este enfoque, ya referidos específicamente al régimen jurídico de los servicios públicos domiciliarios, como la sentencia C-936 de 2001, en la cual ésta precisó que la prestación eficiente y planificada de los servicios públicos domiciliarios (en adelante “SPD”) hace parte de este derecho a una “vivienda digna”. En dicha sentencia, la Corte señaló:

“24. El artículo 51 de la Constitución regula lo relativo al derecho a la vivienda digna. La disposición establece dos elementos diversos. En su inciso primero señala la existencia del derecho y, en el segundo, precisa algunos deberes estatales directamente ligados con dicho derecho. A fin de analizar la disposición demandada, la Corte considerará primeramente el alcance del derecho a la vivienda digna y, a partir de tales parámetros, iniciará el estudio de los cargos en su contra.

25. Como se indicó antes, el artículo 51 de la Constitución establece la existencia del derecho a la vivienda digna y fija deberes Estatales en relación con el mismo. De la disposición no se desprenden elementos que permitan fijar claramente su contenido material. Los deberes estatales estatuidos en la disposición resultan insuficientes para una completa caracterización del derecho.

El artículo 93 de la Constitución dicta que los derechos constitucionales deben interpretarse de conformidad con los tratados sobre derechos humanos ratificados por Colombia. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece en el parágrafo 1 del artículo 11 que “los Estados Partes... reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para si y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados...”. Por tratarse de un tratado de derechos humanos ratificado por Colombia, resulta pertinente tomar nota de la interpretación que de dicha disposición ha adoptado su intérprete autorizado: el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas.

26. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, en la Observación General N°4 expuso sus consideraciones en torno al derecho a una vivienda adecuada. Es de anotar que tales consideraciones se adoptaron luego de realizarse diversas conferencias sobre la materia y que la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobara la Estrategia Mundial de Vivienda hasta el año 2000. Para efectos del control constitucional y la función de la Corte de guardar la integridad y supremacía de la Constitución, resulta central definir el alcance del derecho a la vivienda digna. La mencionada observación establece elementos que asisten a la interpretación de la disposición constitucional. El parágrafo 8 de la observación contiene algunos aspectos centrales del derecho a la vivienda adecuada que sirven de pauta de interpretación de la disposición constitucional. Tales elementos se refieren a dos grandes grupos de asuntos: condiciones de la vivienda y seguridad del goce de la vivienda.

26.1 El primer elemento –condiciones de la vivienda- se refiere a que la vivienda no puede, desde un punto de vista material, equipararse a la existencia de un simple techo que impida la lluvia y el frío o calor excesivos. La vivienda debe entenderse como un lugar que ofrezca seguridad a la persona frente a las inclemencias ambientales y un punto a partir del cual pueda proyectar su vida privada y en sociedad. Lo anterior implica que la vivienda, para entenderse adecuada, debe reunir elementos que aseguren su habitabilidad, es decir, que la vivienda cumpla con los requisitos mínimos de higiene, calidad y espacio, requeridos para que una persona y su familia puedan ocuparla sin peligro para su integridad física y su salud.

Sobre la habitabilidad, en la Observación General 4° se lee:

“(Parágrafo 8) d) Habitabilidad. Una vivienda adecuada debe ser habitable, en sentido de poder ofrecer espacio adecuado a sus ocupantes y de protegerlos del frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento u otras amenazas para la salud, de riesgos estructurales y de vectores de enfermedad. Debe garantizar también la seguridad física de los ocupantes. El Comité exhorta a los Estados Partes a que apliquen ampliamente los Principios de Higiene de la Vivienda preparados por la OMS, que consideran la vivienda como el factor ambiental que con más frecuencia está relacionado con las condiciones que favorecen las enfermedades en los análisis epidemiológicos; dicho de otro modo, que una vivienda y unas condiciones de vida inadecuadas y deficientes se asocian invariablemente a tasas de mortalidad y morbilidad más elevadas”.

En directa relación con lo anterior, la vivienda debe garantizar el acceso a una serie de bienes que aseguren su bienestar, como los servicios públicos, su seguridad, como acceso a servicios de emergencia, y su nutrición, lo que implica que los planes de vivienda correspondan a debidos planes de desarrollo urbano. Tales planes de desarrollo deben asegurar que la vivienda se encuentre en un lugar donde exista acceso a elementos centrales para la vida digna de la persona y su vida en sociedad como acceso a trabajo, salud, educación y un ambiente sano. Finalmente, debe tomarse en cuenta factores culturales, de manera que la vivienda responda, sin sacrificar el acceso a los servicios tecnológicos, a los patrones culturales de diseño, construcción, etc., de viviendas.

En los literales b, f y g del párrafo 8 de su Observación General 4 el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales analiza los elementos antes mencionados:

“b) Disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura. Una vivienda adecuada debe contener ciertos servicios indispensables para la salud, la seguridad, la comodidad y la nutrición. Todos los beneficiarios del derecho a una vivienda adecuada deberían tener acceso permanente a recursos naturales y comunes, a agua potable, a energía para la cocina, la calefacción y el alumbrado, a instalaciones sanitarias y de aseo, de almacenamiento de alimentos, de eliminación de desechos, de drenaje y a servicios de emergencia”.

“f) Lugar. La vivienda adecuada debe encontrarse en un lugar que permita el acceso a las opciones de empleo, los servicios de atención de la salud, centros de atención para niños, escuelas y otros servicios sociales. Esto es particularmente cierto en ciudades grandes y zonas rurales donde los costos temporales y financieros para llegar a los lugares de trabajo y volver de ellos puede imponer exigencias excesivas en los presupuestos de las familias pobres. De manera semejante, la vivienda no debe construirse en lugares contaminados ni en la proximidad inmediata de fuentes de contaminación que amenazan el derecho a la salud de los habitantes”.

“g) Adecuación cultural. La manera en que se construye la vivienda, los materiales de construcción utilizados y las políticas en que se apoyan deben permitir adecuadamente la expresión de la identidad cultural y la diversidad de la vivienda. Las actividades vinculadas al desarrollo o la modernización en la esfera de la vivienda deben velar por que no se sacrifiquen las dimensiones culturales de la vivienda y por que se aseguren, entre otros, los servicios tecnológicos modernos.”

La Corte entiende, a partir de lo anterior, que el derecho a la vivienda digna implica, entonces, una relación estrecha entre las condiciones de vida digna de la persona y la garantía de la realización de derechos sociales y colectivos y el aseguramiento de la prestación eficiente y planificada de los servicios públicos domiciliarios y servicios públicos asistenciales, requeridos para la vida en sociedad de una persona. La Corte ha subrayado la importancia de algunos de estos servicios al considerar las dificultades derivadas de la ineficiente prestación del servicio de energía eléctrica en zonas urbanas.

Así las cosas, como mínimo, hacen parte de los “servicios públicos domiciliarios” toda la cadena de servicios que se requieran para que las personas tengan en sus viviendas agua potable, energía para la cocina, la calefacción y el alumbrado, instalaciones sanitarias y de aseo, de almacenamiento de alimentos, de eliminación de desechos, de drenaje y servicios tecnológicos modernos.

Al respecto, se reitera que, como este contenido se deriva de un tratado sobre derechos humanos ratificado por Colombia, a la luz del segundo inciso del artículo 93 de la Constitución, ni el legislador, ni la Corte Constitucional pueden apartarse de éste y, por el contrario, tienen que adoptar todas las medidas dentro de su competencia para que se cumpla a cabalidad.

Así, al interpretar la categoría “servicios públicos domiciliarios” en el marco de los derechos consagrados en el PIDESC, se precisa muchísimo el alcance de los deberes y derechos consagrados en la Constitución relacionados con estos servicios. Lo anterior, principalmente, por la aplicación de (i) la directrices sobre cómo respetar y garantizar el “derecho a una vivienda adecuada” y el “derecho al agua” del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU (en adelante el “Comité”) y de (ii) la obligación de progresividad en relación con todos los derechos consagrados en el Pacto.

2.1.1.1- Las directrices del Comité del Pacto relativas al respeto y garantía del “derecho a una vivienda adecuada”

De manera previa y general, es preciso resaltar que el PIDESC reconoce las realidades y metodologías económicas como elementos fundamentales para el análisis de la forma como se garantizan los DESC, incluidos, por supuesto, el “derecho al agua”, que rige la prestación del servicio de acueducto, y el “derecho a una vivienda adecuada”, que rige la prestación de dicho servicio y de los relativos al saneamiento básico. De hecho, el Comité interpreta el PIDESC refiriéndose a “costos razonables”, a la “utilización de un conjunto de técnicas y tecnologías económicas apropiadas”, a medidas “eficaces” y al ejercicio “sostenible” de los derechos. De modo que, el legislador colombiano, al momento de adicionar, modificar o derogar las disposiciones en las cuáles se sustentan el respeto y la garantía del acceso y calidad de los SPD, también debe utilizar dichos criterios. Deben hacerlo, igualmente, el resto de operadores jurídicos al interpretar dichas normas.

Teniendo en cuenta la anterior consideración, dentro del régimen de los mencionados servicios son aplicables las siguientes directrices, señaladas por el Comité en relación con el “derecho a una vivienda adecuada”:

1. los gastos asociados a los SPD deben ser “soportables”, es decir, en los términos del Comité, deben ser de un nivel que no impidan la satisfacción de otras necesidades básicas, que sean conmensurados con los niveles de ingreso y que existan formas y niveles de financiación adecuados;
2. los SPD deben prestarse de modo que no afecten la seguridad física de los ocupantes y que les sirvan para protegerse de las amenazas para la salud;
3. en las políticas estatales relacionadas con SPD debe darse prioridad a los grupos sociales que viven en condiciones desfavorables, deben enfocarse hacia la forma más efectiva de utilizar los recursos en función del costo, deben consultarse con las personas afectadas, en lo posible deben vincular capital privado para poder contar con mayores recursos y, todo lo anterior, debe hacerse de modo que, en conjunto, las medidas que se estén tomando sean suficientes para realizar el derecho a una vivienda adecuada de cada individuo en el tiempo más breve posible de conformidad con el máximo de los recursos disponibles.

2.1.1.2.- La obligación de progresividad aplicada a los “servicios públicos domiciliarios”

De acuerdo con el artículo 2º del PIDESC, cada Estado Parte debe adoptar medidas especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga,

para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive, en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos reconocidos en dicho tratado.

Así, las “medidas regresivas” están prohibidas, salvo que el Estado Parte demuestre que, tras un examen “sumamente exhaustivo” de todas las alternativas posibles, están debidamente justificadas por referencia a la totalidad de los derechos enunciados en el PIDESC en el contexto de la plena utilización del máximo de los recursos de que dispone el Estado Parte. Si la medida no cumple esa condición, su adopción será contraria al Pacto, y dará lugar a la responsabilidad internacional del Estado. Y, a la luz del “bloque de constitucionalidad”, también será una disposición inconstitucional.

De modo que, el legislador colombiano no podría modificar arbitrariamente las normas en las que se sustenta la garantía de un derecho económico, social o cultural, como las relacionadas con los SPD, sino que tiene que probar que el contenido de sus reformas garantizará de mejor forma los DESC en general, o que logrará ampliar a más personas el goce de dicho derecho. Tampoco, lo puede hacer una Comisión de Regulación. De lo contrario, será inconstitucional dicha disposición.

2.1.1.3.- Reglas especiales para el “derecho al agua”

En su Observación General No. 15, el Comité señaló que el “derecho al agua” es “el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico”. A este derecho le aplican las normas señaladas en el anterior acápite sobre el “derecho a una vivienda adecuada”, y además las que a continuación se señalan.

El Comité precisó que el “derecho al agua” está incluido en el párrafo 1 del artículo 11 del Pacto y, además, que está indisolublemente asociado al derecho al más alto nivel posible de salud (párrafo 1 del art. 12) y al derecho a una vivienda y una alimentación adecuadas (párrafo. 1 del art. 11). Además, señaló que está reconocido expresamente en un gran número de tratados y declaraciones, por ejemplo, en el párrafo 2 del artículo 14 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, y en el párrafo 2 del artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Como lo había hecho en relación con el derecho a la vivienda, el Comité precisó que su carácter de “adecuado” no debe interpretarse de forma restrictiva, y precisó ciertas características esenciales que deben cumplir todos los Estados Parte del Pacto, como el

Estado colombiano, en relación con dicho derecho: i) disponibilidad, ii) calidad y iii) accesibilidad. Las explicó en los siguientes términos:

1 En cuanto a la “disponibilidad”, señaló que el abastecimiento de cada persona debe ser continuo y suficiente para el consumo, el saneamiento, la preparación de alimentos y la higiene personal y doméstica; y que es posible que algunos individuos y grupos necesiten recursos de agua adicionales en razón de su salud, el clima o sus condiciones de trabajo;

2. en relación con la “calidad”, para el Comité el agua debe ser salubre, y por lo tanto, no ha de contener microorganismos o sustancias químicas o radiactivas que puedan constituir una amenaza para la salud de las personas; debe tener un color, un olor y un sabor aceptables para cada uso personal o doméstico;

3. y en cuanto a los alcances de la “accesibilidad”, precisó que el agua y las instalaciones y servicios de agua deben ser accesibles a todos, en sus cuatro dimensiones: accesibilidad física, accesibilidad económica, no discriminación y acceso a la información sobre las cuestiones del agua.

A continuación se sintetizan las interpretaciones del Comité, sobre las obligaciones de “respetar”, “proteger” y “cumplir” de los Estados Parte, como el Estado colombiano, derivadas del Pacto en relación con el “derecho al agua”.

Obligación de respetar: Los Estados deben abstenerse de toda actividad que restrinja el acceso al agua potable en condiciones de igualdad, de inmiscuirse arbitrariamente en los sistemas consuetudinarios de distribución, de reducirla o contaminarla ilícitamente, de limitar el acceso a los servicios e infraestructuras de suministro o destruirlos como medida punitiva.

Las violaciones de esta obligación incluyen, entre otros, la interrupción o desconexión arbitraria o injustificada de los servicios o instalaciones, los aumentos desproporcionados o discriminatorios del precio, y la contaminación y disminución de los recursos de agua en detrimento de la salud.

Obligación de proteger: Los Estados Partes deben impedir a terceros que menoscaben el disfrute del derecho al agua. Cuando los servicios de suministro de agua sean explotados o estén controlados por terceros, los Estados deben impedirles que menoscaben el acceso en condiciones de igualdad y a un costo razonable a recursos de agua suficientes, salubres y aceptables.

Obligación de cumplir: La obligación de “cumplir” se subdivide en: a) facilitar, b) promover y c) garantizar. “Facilitar” se refiere a medidas positivas que ayuden a ejercer el derecho. “Promover” se refiere a difundir información sobre el uso higiénico del agua, la protección de sus fuentes y los métodos para reducir su desperdicio. “Garantizar” se refiere a que el agua sea asequible, para lo cual, los Estados Partes deben adoptar las medidas necesarias, entre

éstas: la utilización de un conjunto de técnicas y tecnologías económicas apropiadas, políticas adecuadas en materia de precios y suplementos de ingresos.

El Estado viola esta obligación, por ejemplo, al asignar fondos insuficientes o en forma incorrecta, con el resultado de menoscabar el disfrute del derecho al agua de personas o grupos vulnerables o marginados; al no lograr que todos disfruten del derecho al agua en el nivel mínimo indispensable; y - una violación que es muy importante por el auge de TBI's y TLC's - consistente en que el Estado no tenga en cuenta sus obligaciones con respecto al "derecho al agua" al concertar acuerdos internacionales.

Y sobre el diseño de las políticas para garantizar el "derecho al agua", entre otros, el Comité señaló:

1. la asignación de los recursos de agua y las inversiones en el sector del agua deben facilitar el acceso al agua a todos los miembros de la sociedad. Advierte, que una distribución inadecuada de los recursos puede conducir a una discriminación que quizá no sea manifiesta;

2. deben asegurar el suministro necesario de agua a quienes no disponen de medios suficientes. En particular, señala el Comité, los Estados Partes deben adoptar medidas para velar por que las zonas rurales y las zonas urbanas desfavorecidas tengan acceso a servicios de suministro de agua en buen estado de conservación. Al respecto, el Comité distingue entre la incapacidad y la renuencia de un Estado a cumplir sus obligaciones con respecto al "derecho al agua". De modo que, la obligación del Estado radica en hacer todo lo posible para utilizar todos los recursos y medidas de que dispone para cumplir, pero si a pesar de ello, no puede garantizar el "derecho al agua" a todos, no será responsable;

3. la estrategia y el plan de acción deberán ser revisados periódicamente y prever indicadores y niveles de referencia que permitan seguir los progresos realizados; los indicadores que el Comité señaló para evaluar el cumplimiento de un Estado en relación con el "derecho al agua" se refieren a los distintos componentes de un agua "adecuada" como suficiencia, salubridad, aceptabilidad, asequibilidad y accesibilidad;

4. todos los pagos por servicios de suministro de agua deberán basarse en el principio de la equidad, a fin de asegurar que esos servicios, sean públicos o privados, estén al alcance de todos. Sobre los hogares más pobres no puede recaer una carga desproporcionada de gastos de agua en comparación con los hogares más ricos. En relación con la suspensión del servicio, el Comité señala que, antes de suspender el servicio, es preciso tener en cuenta: i) la capacidad de pago de la persona y ii) que bajo ninguna circunstancia puede privarse a una persona del mínimo indispensable de agua. Es decir, hay "insuspendibilidad", más no, necesariamente "gratuidad"

5. el ejercicio del “derecho al agua” debe organizarse de manera sostenible, para que pueda ser ejercido por las generaciones futuras. De manera explícita, entre las estrategias y programas para ello, señaló el aumento del uso eficiente del agua por parte de los consumidores;

6. en los casos en que la responsabilidad de hacer efectivo el derecho al agua se haya delegado en las autoridades regionales o locales, el Estado debe tener en cuenta que sigue siendo responsable del cumplimiento de las obligaciones derivadas del Pacto, y por tanto, debe velar por que estas autoridades tengan a su disposición suficientes recursos para mantener y ampliar los servicios e instalaciones de agua necesarios. Además, los Estados Partes deben velar por que dichas autoridades no nieguen el acceso a los servicios sobre una base discriminatoria.

2.1.2.- A modo de conclusión: criterios con base en los cuales deben interpretarse las disposiciones constitucionales, legales, reglamentarias y regulatorias que rigen las tarifas y subsidios de los “servicios públicos domiciliarios”

Retomando lo más importante del anterior aparte, es claro que la “base esencial” del régimen tarifario de los servicios públicos domiciliarios” nos determina que las tarifas de los SPD deben ser “soportables”, es decir, de un nivel que no impidan la satisfacción de otras necesidades básicas, que sean conmensurados con los niveles de ingreso y que existan formas y niveles de financiación adecuados.

Las políticas tarifarias y de subsidios deben dar prioridad a los grupos sociales que viven en condiciones desfavorables, enfocarse hacia la forma más efectiva de utilizar los recursos en función del costo y deben consultarse con las personas afectadas. Deben estar guiadas por la utilización de un conjunto de técnicas y tecnologías económicas apropiadas, políticas adecuadas en materia de precios y suplementos de ingresos.

En lo posible, dichas políticas deben permitir la participación de capital privado para poder contar con mayores recursos, para que, en conjunto, las medidas sean suficientes para realizar el “derecho al agua” y el “derecho a una vivienda adecuada” de cada individuo en el tiempo más breve posible. En particular, en este caso, para que se amplíen de la manera más rápida la accesibilidad física y la accesibilidad económica a los servicios de agua potable, aseo y alcantarillado.

Por tanto, no se pueden permitir los aumentos desproporcionados o discriminatorios del precio, ni asignar fondos insuficientes o en forma incorrecta, con el resultado de menoscabar el disfrute del derecho al agua de personas o grupos vulnerables o marginados o de no lograr que todos disfruten del derecho al agua en el nivel mínimo indispensable.

En este punto, debe haber la mayor claridad, pues el Comité, no habla de gratuidad para todos los consumidores. De lo contrario, no hablaría de “precios”, ni de “pagos”. De hecho, de manera expresa dispone como deben organizarse dichos pagos, al señalar que deberán basarse en el principio de la equidad, a fin de asegurar que esos servicios, sean públicos o privados, estén al alcance de todos, y que sobre los hogares más pobres no recaiga una carga desproporcionada de gastos de agua en comparación con los hogares más ricos.

Por su parte, en relación con la “suspensión del servicio”, el Comité señala que, antes de suspender el servicio, es preciso tener en cuenta: i) la capacidad de pago de la persona y ii) que bajo ninguna circunstancia puede privarse a una persona del mínimo indispensable de agua –“insuspendibilidad”.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que, uno de los ejes del régimen derivado de la aplicación del “bloque de constitucionalidad”, está en que el ejercicio del “derecho al agua” debe organizarse de manera sostenible, para que pueda ser ejercido por las generaciones futuras. Y, para ello, de manera explícita, señala entre las estrategias y programas el aumento del uso eficiente del agua por parte de los consumidores.

En conclusión, todas las disposiciones del texto constitucional relacionadas con el régimen tarifario de los “servicios públicos domiciliarios”, deben interpretarse de modo que respeten y desarrollen los criterios aquí mencionados.

2.2.- Disposiciones constitucionales, que de manera especial, rigen las tarifas y los subsidios¹⁶

De acuerdo con el artículo 365 de la Constitución, el Estado debe “asegurar” la prestación “eficiente” de los “servicios públicos domiciliarios”. De ello se deriva que no es una actividad que el Estado tenga que desarrollar directamente y que, sea el Estado o sea un particular el que lo desarrolle, siempre debe hacerse de manera “eficiente”, es decir, con la mejor utilización de los recursos disponibles. Al respecto, en la sentencia C-060 de 2005, la Corte Constitucional señaló:

“Como se ha mencionado con anterioridad, las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios pueden ser de carácter público o de carácter privado.

La actividad fundamental de dichas empresas, radica en la prestación de los servicios públicos de carácter domiciliario. Pues bien, dicha prestación a la luz de lo establecido en el Art. 365 Constitucional debe ser Eficiente.

La prestación aludida, no implica que se realice de manera directa por el propio Estado. Es decir, la prestación de estos servicios puede ser efectuada por comunidades organizadas o por particulares o por el mismo Estado. No obstante, en cualquiera de los dos casos se exige que esta se desarrolle de manera eficiente. Entendiendo por tal la capacidad que tiene el Estado directa o indirectamente para que, a través de los servicios públicos domiciliarios, se consiga el efecto determinado por la Constitución, el cual consistente en la protección y garantía de los derechos fundamentales constitucionales.

La Corte ha expresado al respecto:

“El ente estatal debe garantizar que esa prestación sea eficiente, es decir, que se asegure que las empresas que proporcionen el servicio lo hagan de manera eficiente, completa y atendiendo las necesidades básicas de la población. Para ello, también debe garantizar que dichas empresas recuperen sus costos y puedan invertir en el mismo sector con el fin de lograr una mayor competitividad, lo que se traduce en una mejor prestación del servicio.”

En este orden de ideas, la eficiencia de que trata la Constitución, se predica de la prestación misma del servicio domiciliario.

Ahora bien, dicha prestación del servicio en momento alguna es gratuita. La prestación de estos servicios es de naturaleza onerosa, con lo que se pretende “alcanzar, preservar y mejorar para la comunidad tanto la cobertura como la calidad del servicio, lo cual no se consigue prohijando la desobediencia civil frente a las deudas por bienes y servicios efectivamente recibidos, amén del enriquecimiento sin causa que a favor de algunos podría presentarse ocasionalmente.”

Así las cosas, corresponde a quienes son usuarios de servicios públicos domiciliarios pagar un costo determinado por la utilidad recibida. Se entiende por usuario “la persona que usa ciertos servicios, es decir quien disfruta el uso de cierta cosa”.

A esta interpretación de la Corte Constitucional, se le debe adicionar que, si bien es preciso que todos los usuarios paguen el costo del servicio de acueducto de acuerdo con el estrato del inmueble en el cual se encuentren, de allí no se deriva que sea posible privárseles de unos mínimos y que el Estado colombiano viola sus obligaciones internacionales si se presentan aumentos desproporcionados en la tarifa, todo lo anterior, con base en la Observación General sobre “derecho al agua” del Comité previamente analizada.

De acuerdo con el artículo 367 de la Constitución, el Congreso es el órgano competente para definir las competencias y responsabilidades relacionadas con el régimen tarifario de los SPD. Igualmente, dispone que, para ello, éste régimen debe seguir, obligatoriamente, “además de los criterios de costos, los de subsidiaridad y redistribución de ingresos”.

De acuerdo con lo anterior, el actual régimen no permite que las empresas fijen de manera arbitraria las tarifas que cobran a los usuarios; por el contrario, la misma Constitución les traza un límite: su formulación debe hacerse a partir de los costos de prestación del servicio a efectos de asegurar la viabilidad financiera de las empresas, garantizando la eficiencia en la prestación de los servicios, conforme al mandato del artículo 370 Superior.

A esto se suma que el artículo 367 señala que el régimen tarifario debe tener en cuenta los criterios de solidaridad y redistribución de ingresos; esto es, que los usuarios de mayores ingresos deben contribuir a subsidiar a los de menores ingresos como concreción del principio de solidaridad en que se funda el Estado Social de Derecho. De este artículo se deriva la obligatoriedad de subsidios, como señala la Corte Constitucional en la sentencia C-426 de 2005.

De este artículo, surge el denominado “principio de onerosidad”, ya mencionado, de acuerdo con el cual, la prestación de los servicios públicos domiciliarios no tiene que ser gratuita. Así lo señaló la Corte Constitucional, entre otras, en las sentencias C-580 de 1992 y T-064 de 1994, que además encuentra sustento en el artículo 95 de la Constitución. Todo lo cual, está de acuerdo con las obligaciones internacionales del Estado colombiano, toda vez que, el mismo Comité se refiere a pagos por el agua y por los servicios correspondientes a una vivienda adecuada.

De acuerdo con el artículo 368 de la Constitución, el Estado y sus entidades descentralizadas “podrán” dar subsidios a los habitantes con menores ingresos, “destinados al pago” correspondiente al “consumo básico”. Este artículo no puede entenderse en el sentido de que para el Estado colombiano es “potestativo” entregar subsidios para el pago de los servicios públicos domiciliarios a las personas de menores ingresos, ya que es “obligatorio” en los términos de las obligaciones internacionales descritas en los anteriores apartes de este concepto unificador.

Así, la Constitución colombiana debe ser interpretada teniendo en cuenta que el Estado está obligado, en principio, a entregar dichos subsidios, y por tanto, los artículos 367 y 368 sólo contemplan la forma como se organiza el cumplimiento de dicha obligación, y no son normas, en particular el 368, que hagan de los subsidios algo “potestativo” del Estado.

Sin embargo, ello no quiere decir que el Estado no pueda modificarlos en absoluto. Pero, antes de hacerlo, el Estado tiene que evaluar (i) su efecto sobre el pago final que recae sobre las personas afectadas y (ii) verificar que la destinación de dichos recursos sea para garantizar de mejor manera los derechos humanos -obligación de progresividad-.

De modo que, si la tarifa sube tanto que impide la satisfacción de otras necesidades básicas o si por efecto de dicho aumento, se impide la accesibilidad económica de los usuarios afectados con las disminución o eliminación de subsidios, dicha decisión será contraria a las obligaciones internacionales del Estado colombiano en relación con los derechos al agua y a la vivienda adecuada, por ello será inconstitucional, por tanto no será ejecutable, y el Estado tendrá que continuar suministrándolos, hasta donde sea posible, con prelación de los grupos más vulnerables.

De otro lado, si la protección de los derechos relacionados con los servicios públicos domiciliarios ha alcanzado cierto nivel como consecuencia del nivel de subsidios, el Estado no puede caprichosamente tomar una “medida regresiva” -como su disminución-, porque ello iría en contra de sus obligaciones internacionales, por ser contrario a la “obligación de progresividad”. Lo anterior, salvo que justifique dicha disminución, por su efecto, en relación con la totalidad de los derechos enunciados en el Pacto, en el contexto de la plena utilización del máximo de los recursos de que dispone.

Ahora bien, de ninguna manera se está señalando que necesariamente deba ser un subsidio “total”. Sobre este punto, en la sentencia C-566 de 1995, la Corte Constitucional señaló con gran acierto lo siguiente:

“El artículo 368 de la C.P., debe analizarse en el contexto del Estado social de derecho, del cual es pieza fundamental. En esta forma de Estado, es deber del Estado asegurar la prestación de los servicios públicos a “todos” los habitantes del territorio, para lo cual la anotada política de subsidios prevista en la Constitución, es uno de los principales instrumentos dirigidos a buscar que la igualdad sea real y efectiva y se evite que, con ocasión de su organización y puesta en marcha, se genere discriminación y marginalidad. Es evidente que el Legislador dio cumplimiento al mandato de igualdad en los servicios públicos domiciliarios al autorizar la concesión de subsidios para las personas de menores ingresos. La limitación de su monto, empero, requiere de un análisis más detenido, pues este extremo tiene que ver con el grado de cumplimiento de dicho principio.

(...)

Si bien el Legislador autorizó la concesión de un subsidio sólo parcial en favor de las personas de menores ingresos destinado a pagar las tarifas de los servicios públicos domiciliarios que cubran sus necesidades básicas, ello no comporta violación alguna de la Constitución Política ni vulnera los principios de igualdad ni de la cláusula del Estado social de derecho, los que han sido observados por la ley dentro de las posibilidades materiales y

legales existentes y en el marco de los principios de eficiencia en la prestación de los servicios públicos y redistribución del ingreso. Desde el punto de vista jurídico, el subsidio parcial es fruto de un legítimo juicio de ponderación realizado por el Legislador entre principios concurrentes. Ante la imposibilidad de elevar a un grado absoluto la vigencia efectiva de un solo principio prescindiendo de los demás, se optó por una aproximación de equilibrio que lleva sólo hasta cierto grado su aplicación simultánea.

(...)

Concluye la Corte que si bien el Legislador autorizó la concesión de un subsidio sólo parcial en favor de las personas de menores ingresos destinado a pagar las tarifas de los servicios públicos domiciliarios que cubran sus necesidades básicas, ello no comporta violación alguna de la Constitución Política ni vulnera los principios de igualdad ni de la cláusula del Estado social de derecho, los que han sido observados por la ley dentro de las posibilidades materiales y legales existentes y en el marco de los principios de eficiencia en la prestación de los servicios públicos y redistribución del ingreso.”

Finalmente, de acuerdo con el artículo 370 de la Constitución, al Presidente de la Re*Nota del Editor.* Dentro de lo establecido para el régimen tarifario para el servicio de acueducto y saneamiento básico, se revisaran aspectos como el concepto unificador, los elementos básicos y subsidios aplicables a este régimen. Adicionalmente se revisara, la aplicación y la obligación de la progresividad, las reglas creadas para definir el derecho al agua. De este modo , contamos con un documento dirigido especialmente a analizar todos los aspectos que rodean el régimen tarifario para definir el cobro por el servicio de agua.

Concordancia. [Concepto 742 de 2014. Concepto 719 de 2014. Concepto 288 de 2013. Concepto 172 de 2012. Concepto 486 de 2009. Concepto 806 de 2008. Concepto 553 de 2008](#) pública le corresponde señalar, con sujeción a la ley, las políticas generales de administración y de control de eficiencia de los servicios públicos.

Al respecto, en la sentencia C-272 de 1998, la Corte Constitucional señaló que dichas funciones son delegables en las Comisiones de Regulación, en este caso, la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico.

Sobre la función de regulación, en la sentencia C-1120 de 2005, la Corte Constitucional señaló:

“5. La función de regulación de las actividades económicas por parte de las autoridades del Estado es una modalidad de la potestad de intervención del mismo en ellas, cuyo propósito general es lograr la efectividad de los fines sociales de aquel y corregir los defectos o imperfecciones del mercado. Sobre este tema la Corte Constitucional ha expresado:

“Los órganos de regulación han de ejercer sus competencias con miras a alcanzar los fines que justifican su existencia en un mercado inscrito dentro de un Estado social y democrático de derecho. Estos fines se pueden agrupar en dos clases, a pesar de su variedad y especificidad. La primera clase comprende los fines sociales que el mercado por sí mismo no alcanzará, según las prioridades de orden político definidas por el legislador y de conformidad con el rango temporal que éste se ha trazado para alcanzarlos. La segunda clase abarca los fines económicos atinentes a procurar que el mercado funcione adecuadamente en beneficio de todos, no de quienes dentro de él ocupan una posición especial de poder, en razón a su predominio económico o tecnológico o en razón a su acceso especial al proceso de toma de decisiones públicas tanto en el órgano legislativo como en los órganos administrativos clásicos.

“La regulación, en tanto que mecanismo de intervención del Estado, busca garantizar la efectividad de los principios sociales y el adecuado funcionamiento del mercado (...).”

Acerca de las formas de regulación económica, la misma sentencia indicó:

“Dadas las especificidades de la función de regulación y las particularidades de cada sector de actividad socio-económica regulado, dicha función se puede manifestar en facultades de regulación y en instrumentos muy diversos. En un extremo se encuentra la facultad normativa de regulación, consistente en la adopción de normas que concreten reglas de juego dentro de ámbitos precisos predeterminados, en cumplimiento del régimen fijado por el legislador. En otro extremo se ubican facultades que, en principio, carecen de efectos jurídicos como la de divulgar información relativa al sector con el fin de incidir en las expectativas de los agentes económicos y consumidores o usuarios dentro del mismo, lo cual podría llevarlos a modificar su comportamiento. Entre estos extremos se pueden identificar múltiples facultades encaminadas al ejercicio de la función de regulación. Estas comprenden la facultad de conocer información proveniente de los agentes regulados con el fin de que el órgano de regulación cuente con todos los elementos de juicio para adoptar sus decisiones; la facultad de rendir conceptos a petición de un interesado, de oficio o por mandato de la ley; la facultad de emitir recomendaciones; la facultad de adoptar medidas individuales como autorizaciones o permisos; la facultad de efectuar el seguimiento del comportamiento de un agente regulado para advertirle que reoriente sus actividades dentro de los fines señalados por la ley o para dirigirle órdenes de hacer o no hacer después de haber seguido el procedimiento establecido en el régimen vigente; la facultad de presentar denuncias o iniciar acciones judiciales; la facultad de imponer sanciones administrativas respetando el debido proceso y el derecho de defensa; la facultad de definir tarifas dentro del régimen establecido por el legislador, en fin. Corresponde al legislador en ejercicio de su poder de configuración y respetando los límites constitucionales determinar qué facultades son adecuadas para que el órgano de regulación correspondiente cumpla sus funciones en aras de promover el interés general y de alcanzar los fines públicos que justifican su existencia.

“A estos elementos de la función estatal de regulación, se puede sumar otro que ha conducido a que el esquema de regulación adoptado por el constituyente o el legislador adquiera rasgos específicos. En efecto, en algunos sectores, se presenta la necesidad de proteger los derechos de las personas. Cuando ello ocurre, la función de regulación se orienta en sus aspectos estructurales, instrumentales y procedimentales al cumplimiento de esa finalidad primordial. Es lo que sucede en el sector de los servicios públicos donde la Constitución ha protegido específicamente los derechos de los usuarios (artículos 78 y 369 C.P.). Ello conduce a que en estos ámbitos la función de regulación estatal esté orientada constitucionalmente al logro de unos fines sociales también específicos como los de redistribución y solidaridad en el ámbito de los servicios públicos domiciliarios (artículo 367 C.P.) o el de acceso universal en todos los servicios (artículo 365 C.P.)”.

6. Específicamente acerca del contenido de las funciones de las Comisiones de Regulación de servicios públicos domiciliarios, con referencia al Art. 370 de la Constitución, o sea, para señalar las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios, esta corporación, al examinar la constitucionalidad del Art. 14, Num. 14.18, y el parágrafo del Art. 69 de la Ley 142 de 1994, expresó:

“Y también debe advertirse que ni de la autorización legal al Presidente para delegar ni del hecho mismo de que delegue puede desprenderse una aptitud o capacidad normativa de las comisiones que pueda equipararse a la ley o competir con ella ni tampoco la atribución de reglamentar las leyes en materia de servicios públicos, la que es exclusiva del Presidente de la República en los términos del artículo 189, numeral 11, de la Constitución, y por tanto indelegable. Así, pues, los actos de regulación de las comisiones están en un todo sujetos a la ley, a los decretos reglamentarios que expida el Presidente y a las políticas que fije el Gobierno Nacional en la respectiva área; además es claro que, al estar las comisiones adscritas a los ministerios de Desarrollo Económico, Minas y Energía y Comunicaciones, de conformidad con la norma que se estudia, cada una de ellas está subordinada a las orientaciones y políticas del correspondiente Ministro, toda vez que, al tenor del artículo 208 de la Carta, a los ministros corresponde ser jefes de la administración en sus respectivas dependencias. Lo anterior sin perjuicio de repetir que el Presidente de la República, según el artículo 189 constitucional, es suprema autoridad administrativa.

(...)

“En materia de servicios públicos domiciliarios, debe resaltarse que la regulación -como función presidencial delegable en las referidas comisiones- no es lo que ha considerado alguna parte de la doctrina, es decir, un instrumento normativo para “completar la ley”, o para llenar los espacios que ella pueda haber dejado, y menos para sustituir al legislador si éste nada ha dispuesto, pues ello significaría la inaceptable y perniciosa posibilidad de entregar al Presidente de la República -y, más grave todavía, a sus delegatarios- atribuciones de legislador extraordinario, distintas a las señaladas por la Carta, en manifiesta contravención de los postulados del Estado de Derecho, entre los cuales se encuentran el principio de

separación de funciones de los órganos del Estado (artículo 113 **Ibídem**), el carácter singular del Presidente como único funcionario que puede ser revestido de facultades extraordinarias temporales y precisas (art. 150, numeral 10, C.P.) y las estrictas condiciones exigidas por la Constitución para que a él sean transferidas transitoria y delimitadamente las funciones legislativas.

“En efecto, “completar” según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, significa “añadir a una magnitud o cantidad las partes que le faltan”, y ello implica que “regular” ha sido erróneamente asimilado a “legislar”, en tanto ha sido entendida como la función de llenar los vacíos legales. Y como se vio, el artículo 370 de la Constitución condiciona la potestad reguladora del Presidente a que ella se haga “con sujeción a la ley”, no “para completar la ley”.”

(...)

En suma, el campo de la regulación debe restringirse al desarrollo, con arreglo a la ley, los reglamentos y las políticas gubernamentales, de las actividades de intervención y dirección técnica, en materias que, por involucrar intereses superiores, no se pueden abandonar al libre juego del mercado. De suerte que, en economías en las que aquél presenta más imperfecciones, se hace necesaria una mayor regulación; ésta se reconoce como indispensable, pero no como una modalidad de imposición al usuario ni para hacer más gravosas y difíciles sus condiciones ante quienes prestan los servicios públicos -sea el propio Estado o los particulares-, sino, al contrario, para promover las condiciones que faciliten la efectividad de sus derechos y garantías, la fijación de controles tarifarios y de calidad de los servicios, las reglas mínimas que deben observar los prestadores de los mismos y la introducción del equilibrio y la armonía en las actividades que, en competencia, adelantan las empresas, las que necesitan de una permanente función interventora del Estado.

“Así pues, para la Corte resulta claro que la regulación de los servicios públicos domiciliarios, a la luz de los preceptos superiores y siguiendo la definición legal, es tan sólo una forma de intervención estatal en la economía para corregir los errores de un mercado imperfecto y delimitar el ejercicio de la libertad de empresa, así como para preservar la sana y transparente competencia, con el fin de lograr una mejor prestación de aquéllos, y sin que tal función implique la asunción de competencias legislativas o reglamentarias. Las atribuciones pertinentes se deben ejercer respetando la ley, el reglamento y las directrices del Gobierno, a través de los respectivos ministros.

“La regulación es básicamente un desarrollo de la potestad de policía para establecer los contornos de una actividad específica, en un ámbito en el que han desaparecido los monopolios estatales. Aquélla tiene como fines primordiales asegurar la libre competencia y determinar aspectos técnico-operativos que buscan asegurar la prestación eficiente de los servicios”.

“(…)

“Al tenor de los criterios precedentes, la Corte sólo encuentra una interpretación de los artículos 14-18 y 69 de la citada Ley, que resulta acorde con el Ordenamiento Superior y, en consecuencia, declarará constitucionales esas normas, pero bajo el entendido de que la facultad reguladora asignada a las comisiones se debe ejercer sólo respecto de las materias expresamente señaladas en el primer aparte del artículo 370 de la Carta -y siempre que se dé la previa delegación por parte del Presidente de la República (artículos 211 C.P. y 68 de la Ley 142 de 1994), facultad que esta Corporación encontró acorde con la Constitución (Cfr. sentencias C-272 de 1998. M.P.: Dr. Alejandro Martínez Caballero y C-444 de 1998. M.P.: Dr. Hernando Herrera Vergara)-, es decir para "señalar, con sujeción a la ley, las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios".

“Repite la Corte que no se trata de funciones legislativas o de atribuciones de creación de normatividad paralela a la ley, o encaminada a cubrir sus vacíos, ni tampoco de una sustitución de la propia ley ni de la potestad reglamentaria, exclusiva del Presidente de la República. Solamente sobre la base de estos criterios se declara la exequibilidad de las indicadas normas, pues bajo cualquier otro entendido son inconstitucionales”.

2.3- Régimen de tarifas y subsidios en leyes, decretos y resoluciones

2.3.1.- Los distintos escenarios para el establecimiento de tarifas

La ley 142 de 1994 señala distintos escenarios para el establecimiento de las tarifas: (i) libre fijación de tarifas, (ii) libertad vigilada y (iii) libertad regulada. De acuerdo con el numeral 73.20 de la ley 142 de 1994 le corresponde a las Comisiones de Regulación la decisión sobre cuál aplica. De otro lado, la obligación a cargo de los prestadores de respetar dicho régimen se encuentra en el artículo 88 de la ley 142 de 1994.

Dichos escenarios pueden caracterizarse de la siguiente manera:

Libertad vigilada: De acuerdo con el numeral 14.11 de la Ley 142 de 1994, la “libertad vigilada” es el régimen de tarifas mediante el cual las empresas de servicios públicos domiciliarios pueden determinar libremente las tarifas de venta a medianos y pequeños consumidores, con la obligación de informar por escrito a las comisiones de regulación, sobre las decisiones tomadas sobre esta materia.

Libertad regulada: De acuerdo con el numeral 14.10 de la ley 142 de 1994, la “libertad regulada” es el régimen de tarifas mediante el cual la comisión de regulación respectiva fijará los criterios y la metodología con arreglo a los cuales las empresas de servicios públicos domiciliarios pueden determinar o modificar los precios máximos para los servicios ofrecidos al usuario o consumidor.

De acuerdo con el numeral 88.1 de la ley 142 de 1994 las empresas fijarán sus tarifas de acuerdo con las fórmulas preparadas por las Comisiones, es decir, el escenario de “libertad regulada”. Así, de acuerdo con los estudios de costos, la correspondiente Comisión podrá establecer topes máximos y mínimos tarifarios, de obligatorio cumplimiento por parte de las empresas; igualmente, podrá definir las metodologías para determinación de tarifas si conviene en aplicar el régimen de libertad regulada o vigilada.

Existen dos excepciones a dicha situación, de modo que, sólo en estos casos las empresas podrán fijar sus tarifas libremente: (i) cuando no tenga una posición de dominio en su mercado y (ii) cuando exista competencia entre proveedores. Ambas circunstancias, según el análisis de la correspondiente Comisión. Y, como señaló la Corte Constitucional en la sentencia C-380 de 2002 “bajo el entendido que la existencia de competencia debe apreciarse teniendo en cuenta la efectiva libertad del usuario de escoger entre varios proveedores del servicio”.

Al respecto, en la sentencia C-389 de 2002, la Corte Constitucional señaló:

“Pero si en la prestación de un servicio público domiciliario predomina la posición dominante, las empresas no podrán fijar libremente las tarifas por los servicios que prestan sino que estarán sometidas a un régimen de regulación de conformidad con lo dispuesto en el inciso primero, numeral primero, del mencionado artículo 88, caso en el cual, las empresas deberán ceñirse a las fórmulas que defina periódicamente la respectiva comisión, salvo las excepciones dispuestas en la ley, y acoger los topes máximos y mínimos tarifarios establecidos por ella de acuerdo con los estudios de costos que realice, quedando sometidas de tal manera a un control directo. Además, en estos casos, según también lo dispone la norma bajo revisión, la comisión igualmente podrá definir las metodologías para la determinación de tarifas si conviene en aplicarles un régimen de libertad regulada o vigilada.

(...)

Esta doble connotación del concepto de posición dominante se refleja en el régimen tarifario que se les aplica a tales empresas al impedírseles que en ejercicio de su posición privilegiada señalen libremente las tarifas de los servicios públicos, quedando sometidas a un régimen de regulación o de libertad regulada o vigilada, en los cuales, la comisión respectiva al señalar los parámetros, métodos o fórmulas a que deben sujetarse estas empresas para evitar que abusen de su posición dominante debe hacerlo de tal manera que los usuarios queden protegidos.

Por lo anterior, el numeral primero del artículo 88 en examen resulta constitucional, por cuanto en este caso la actuación de las comisiones de regulación está orientada a desarrollar la finalidad social de la intervención del Estado en los servicios públicos evitando que las

empresas prestadoras abusen de su posición dominante. Además, en desarrollo de su facultad de configuración en esta materia, el legislador consideró que se requería la presencia de organismos o dependencias altamente especializadas como son las comisiones de regulación, para que en desarrollo de un trabajo interdisciplinario adopten medidas administrativas de intervención policiva que el mercado requiera, función que ejercen por delegación de acuerdo a la Constitución, la ley, el reglamento y las directrices presidenciales.

En síntesis, bajo un régimen de regulación puede existir control directo a las tarifas, modalidad en la cual las empresas no tienen libertad para determinarlas ni para modificarlas pues esta labor está a cargo de la comisión de regulación respectiva, sistema aplicable a los mercados donde existe una posición dominante. Las empresas están sometidas a un régimen de libertad regulada cuando para fijar y modificar las tarifas deben someterse a los criterios y metodologías señaladas por las comisiones de regulación respectivas, régimen que también puede ser aplicable a las empresas que tengan una posición dominante si así lo conviene la correspondiente comisión de regulación; y, en el régimen de libertad vigilada las empresas pueden determinar libremente las tarifas por los servicios que prestan con la obligación de informar por escrito a la comisión de regulación respectiva sobre las decisiones tomadas en esta materia, régimen que se aplica a las empresas que no tienen una posición dominante en su mercado o cuando existe competencia entre proveedores”.

2.3.2.- Las “fórmulas tarifarias”, actualmente, están a cargo de las Comisiones de Regulación

Con base en que el artículo 370 de la Constitución, el artículo 68 de la ley 142 de 1994 dispuso que el Presidente de la República podría ejercer tal función a través de las Comisiones de Regulación, en caso de que decidiera delegarla en los términos de dicha ley, y las limitaciones constitucionales ya mencionadas. Dicha delegación fue hecha mediante el decreto 1524 del 15 de julio de 1994.

De esta manera, la Ley 142 de 1994 le atribuyó a las Comisiones de Regulación las siguientes funciones: (i) definir criterios de eficiencia y desarrollar indicadores y modelos para evaluar la gestión financiera, técnica y administrativa de las empresas de servicios públicos (art. 73.3); (ii) establecer las fórmulas para la fijación de las tarifas (art. 73.11); determinar, de acuerdo con la ley, cuándo debe establecerse el régimen de “libertad regulada” o el de “libertad vigilada”, y en qué casos hay lugar a la libre fijación de tarifas (art. 88); e impulsar la actuación administrativa para la determinación de las fórmulas tarifarias(art. 124).

Así, la determinación de las “formulas tarifarias”, actualmente, está a cargo de las Comisiones de Regulación. Para los servicios objeto de este concepto, la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico (en adelante la “CRA”). Dichas fórmulas, de acuerdo con el artículo 126 de la Ley 142 de 1994 tendrán una vigencia de 5 años, salvo que antes haya acuerdo entre el prestador y la CRA para modificarlas o prorrogarlas por un

periodo igual. O ante casos de graves errores que perjudiquen a usuarios o a empresarios, o ante razones de caso fortuito o fuerza mayor.

Por supuesto, no sobra reiterar que, las Comisiones de Regulación, en todas sus resoluciones, deben atender las disposiciones internacionales mencionadas en la primera parte de este concepto, las demás disposiciones de rango constitucional, las normas legales aplicables y las políticas del correspondiente Ministerio.

Así, en desarrollo del criterio de “eficiencia” del artículo 365 de la Constitución y del de reconocimiento de costos del artículo 367 también constitucional, de acuerdo con la Ley 142 de 1994 dicha “fórmula” debe basarse en el costo de prestación bajo los criterios de “eficiencia económica” y “suficiencia financiera”. Además, debe atender los criterios de “neutralidad”, “solidaridad”, “redistribución”, “simplicidad” y “transparencia”.

A continuación, se explicarán con más detalles, los criterios de “eficiencia económica” y “suficiencia financiera”. En relación con los criterios tarifarios de neutralidad, solidaridad, redistribución, simplicidad y transparencia, se harán referencias más breves sobre su contenido.

2.3.2.1.- La “eficiencia económica”

De acuerdo con el primer inciso del artículo 365 de la Constitución, las autoridades estatales deben asegurar que la prestación de servicios públicos sea “eficiente”. En desarrollo de dicho precepto constitucional, el numeral 87.1 de la ley 142, establece lo siguiente:

“87.1.- Por eficiencia económica se entiende que el régimen de tarifas procurará que éstas se aproximen a lo que serían los precios de un mercado competitivo; que las fórmulas tarifarias deben tener en cuenta no solo los costos sino los aumentos de productividad esperados, y que éstos deben distribuirse entre la empresa y los usuarios, tal como ocurriría en un mercado competitivo; y que las fórmulas tarifarias no pueden trasladar a los usuarios los costos de una gestión ineficiente, ni permitir que las empresas se apropien de las utilidades provenientes de prácticas restrictivas de la competencia. En el caso de servicios públicos sujetos a fórmulas tarifarias, las tarifas deben reflejar siempre tanto el nivel y la estructura de los costos económicos de prestar el servicio, como la demanda por éste.”

La Corte Constitucional, en la sentencia C-150 de 2003, interpretó este numeral en los siguientes términos:

“Se observa así que, de acuerdo con la definición citada, la eficiencia económica consiste en que:

- (i) las tarifas de los servicios públicos se aproximen a lo que serían los precios de un mercado competitivo;
- (ii) las fórmulas tarifarias tengan en cuenta los costos y los aumentos de productividad esperados;
- (iii) los aumentos de productividad esperados se distribuyan entre la empresa y los usuarios tal como ocurriría en un mercado competitivo;
- (iv) las fórmulas tarifarias no trasladen a los usuarios los costos de una gestión ineficiente;
- (v) las empresas no se apropien de las utilidades provenientes de prácticas restrictivas de la competencia. La referencia que hace la norma en el sentido de que "en el caso de servicios públicos sujetos a fórmulas tarifarias, las tarifas deben reflejar siempre tanto el nivel y la estructura de los costos económicos de prestar el servicio, como la demanda por éste" versa sobre el ámbito de aplicación de los anteriores elementos.

Pasa la Corte a analizar el significado de los elementos que la norma citada contempla en tanto que elementos del criterio de eficiencia.

4.5.2.2.1. En un mercado competitivo el precio de los bienes y servicios resulta de la libre competencia entre oferentes, de acuerdo con las condiciones de la demanda. En estas circunstancias, los oferentes buscan conservar e incrementar su participación en el mercado¹⁸², para lo cual, si tales bienes o servicios son de igual calidad y se ofrecen en condiciones similares, es necesario que tengan precios atractivos en comparación con los de los demás productores pues de lo contrario, sus clientes –actuales y potenciales– prefieren adquirir el bien o servicio al competidor que lo venda en mejores condiciones¹⁸³.

De esta manera, en un mercado competitivo, el sistema de precios incentiva a los productores a alcanzar mayores niveles de eficiencia. Por ello, cuando la norma que se analiza indica que el régimen tarifario de los servicios públicos deberá aproximarse a los precios de un mercado competitivo, hace referencia a los costos que debería tener la prestación del servicio en caso de que las respectivas empresas estuvieran en un régimen de competencia.

4.5.2.2.2. En el mismo sentido, la teoría económica de un mercado competitivo prevé que los costos de prestación de los servicios deben tender a experimentar reducciones, pues ello es necesario para que las empresas pueda conservar o aumentar su participación en el mercado ¹⁸⁴. En efecto, la competencia entre los oferentes en condiciones de eficiencia tiende a generar una presión que conlleva a la disminución de los precios.

4.5.2.2.3. La razón que lleva a un productor en un mercado competitivo a disminuir sus costos radica en que por esta vía puede acrecentar sus utilidades. No obstante, la teoría observa que, en condiciones de mercado competitivo, todos los productores suelen guiarse por el mismo propósito, es decir, que todos los productores intentarán disminuir sus costos, lo cual permite en el largo plazo que reduzcan sus precios de venta al tiempo que incrementa

sus utilidades. Así pues, en condiciones de competencia, en teoría la mayor eficiencia del productor conlleva a un beneficio tanto para él –pues obtiene mayores utilidades por la reducción de sus costos– como para el comprador o usuario –quien puede adquirir el mismo servicio a menor precio.

4.5.2.2.4. En un mercado competitivo el incremento del precio como resultado de la ineficiencia, conlleva un riesgo, a saber, que el productor pierda participación en el mercado debido a que sus precios serán superiores a los de sus competidores. En este orden de ideas, la disposición según la cual "las fórmulas tarifarias no pueden trasladar a los usuarios los costos de una gestión ineficiente" pretende que los usuarios no paguen el costo de las ineficiencias de las empresas, tal como no lo harían en un mercado competitivo.

4.5.2.2.5. Como ya se indicó, las prácticas restrictivas de la competencia son comportamientos por medio de los cuales, quien las realiza, se vale de las ventajas de las que pueda disponer para afectar las condiciones de equilibrio del mercado, lo cual impide que éste asigne de manera eficiente los bienes y servicios que se producen en una economía. La prohibición de que las empresas se apropien de las utilidades provenientes de tales prácticas, busca proteger dichas condiciones para garantizar la eficiencia del mercado en beneficio de los usuarios.

4.5.2.2.6. En conclusión, el numeral 87.1 del artículo 87 de la Ley 142 de 1994 contiene algunos de los elementos que, de acuerdo con la teoría económica de un mercado competitivo, caracterizan un mercado eficiente y las implicaciones que de éste se derivan. En este orden de ideas, la Corte encuentra que el criterio de eficiencia descrito en la norma en cuestión, desarrolla la prescripción del artículo 365 Superior, según el cual "es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional". Si bien el legislador habría podido definir eficiencia en otros términos, se encuentra dentro de su margen de configuración hacerlo siguiendo teorías económicas sobre la eficiencia en un mercado económico competitivo. La Constitución no impone, como ya se anotó, un modelo económico y por lo tanto permite que el legislador tenga en cuenta diferentes teorías sobre qué es la eficiencia y cómo se logra que la autoridad de regulación propenda por ella, siempre que no adopte decisiones manifiestamente irrazonables o contrarias a mandatos o prohibiciones contenidos en la Carta. En cambio, como ya se anotó, habría violado el principio de reserva de ley en la fijación del régimen de la regulación de los servicios públicos domiciliarios el que el legislador hubiera guardado silencio al respecto, delegando implícita y prácticamente en el órgano regulador la definición de este principio de rango constitucional. Además, la definición legislativa está orientada a evitar distorsiones del mercado que lleven a que la libre competencia deje de ser un derecho en beneficio de todos. Por ello, se declarará su exequibilidad."

2.3.2.2.- La “suficiencia financiera”

De acuerdo con el artículo 368 de la Constitución, el régimen tarifario debe respetar el criterio de reconocimiento de los costos en los que incurren los prestadores. En desarrollo de dicho precepto constitucional, el alcance del criterio de “suficiencia financiera” se encuentra en el numeral 87.4 de la ley 142, en los siguientes términos:

“87.4.- Por suficiencia financiera se entiende que las fórmulas de tarifas garantizarán la recuperación de los costos y gastos propios de operación, incluyendo la expansión, la reposición y el mantenimiento; permitirán remunerar el patrimonio de los accionistas en la misma forma en la que lo habría remunerado una empresa eficiente en un sector de riesgo comparable; y permitirán utilizar las tecnologías y sistemas administrativos que garanticen la mejor calidad, continuidad y seguridad a sus usuarios.”

La Corte Constitucional, en la sentencia C-150 de 2003, interpretó este numeral en los siguientes términos:

“De acuerdo con esta definición, la suficiencia financiera consiste en que las fórmulas tarifarias: (i) garanticen la recuperación de los costos y gastos propios de operación, incluyendo la expansión, la reposición y el mantenimiento; (ii) permitan remunerar el patrimonio de los accionistas en la misma forma en la que lo habría remunerado una empresa eficiente en un sector de riesgo comparable; y (iii) permitan utilizar las tecnologías y sistemas administrativos que garanticen la mejor calidad, continuidad y seguridad a sus usuarios. Procede la Corte al análisis de cada uno de estos elementos, no sin antes resaltar que la suficiencia financiera es un criterio orientado no sólo a contemplar esos costos de mantenimiento de la prestación del servicio público domiciliario sino, además, de mejoramiento del mismo en cuanto se busca que se garanticen "la mejor calidad, continuidad y seguridad" para los usuarios.

4.5.2.3.1. Dice la norma que las fórmulas tarifarias han de garantizar a las empresas la recuperación de los costos y gastos de la operación, de la expansión, de la reposición y del mantenimiento, es decir, de los recursos económicos que deben utilizar las empresas para proporcionar el servicio al mayor número posible de usuarios para alcanzar el principio de universalidad consagrado en el artículo 365 de la Carta. La medición de los costos y gastos que se requieren para la prestación del servicio, ha de tener como referencia los costos y gastos que tendría una empresa encargada de prestar el mismo servicio en un mercado competitivo, es decir, bajo condiciones de eficiencia con el mismo nivel de riesgo.

Ello implica que las fórmulas tarifarias deben contener criterios sobre la adecuada administración de los recursos, que no podrán incluir gastos innecesarios o suntuosos y que

cada costo o gasto sólo podrá ser contabilizado una vez, independientemente del concepto al que corresponda según los parámetros técnicos aplicables. La recuperación de costos y gastos impide que un mismo costo o gasto sea contabilizado dos o más veces, puesto que en dicho evento, no habría sólo recuperación sino beneficios obtenidos en condiciones ineficientes, lo cual sería contrario al principio de eficiencia que, de acuerdo con el artículo 365 de la Constitución, ha de orientar la prestación de los servicios públicos. En este orden de ideas, la Corte encuentra que el criterio de recuperación de costos, según la definición contenida en la norma que se analiza, se ajusta, en principio, a la Constitución, sin perjuicio de otras posibles definiciones que el legislador pueda adoptar para el efecto, respetando también la Carta.

4.5.2.3.1.1. No obstante lo anterior, la Corte encuentra necesario analizar con detenimiento el factor de la expansión en tanto que criterio para determinar el ámbito de la recuperación de costos. Mientras que los costos de operación, los de reposición y los de mantenimiento obedecen a la prestación efectiva del servicio a favor de un conjunto determinado de usuarios en un momento dado, los costos de expansión son eventuales y hacen referencia a un resultado futuro, en la medida en que abren la posibilidad de que más adelante haya usuarios adicionales del servicio.

De acuerdo con la Constitución, la suficiencia financiera puede abarcar dichos costos. En efecto, el artículo 365 de la Carta dispone que los servicios públicos son una función inherente al Estado, a quien le corresponde "asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional". El cobro de un factor por concepto de expansión del servicio es, pues, uno de los medios que permiten alcanzar dicha finalidad.

El cobro de este elemento adicional en la tarifa de los servicios públicos busca que las empresas que los prestan dispongan de una fuente de financiación –sin perjuicio de otras posibilidades, v.gr. las inyecciones de capital por parte de las empresas prestadoras destinadas a la expansión del servicio y las inversiones que realice el Estado con igual propósito¹⁸⁵– que les permita incrementar la cantidad de la población a la cual cubren. Por lo tanto, la autorización a las empresas de servicios públicos para que cobren un factor tarifario por concepto de expansión, implica su consecuente obligación de incrementar el número de personas usuarias del servicio, lo cual ha de ser objeto de seguimiento y vigilancia por parte de la entidad estatal competente. El factor por expansión que contempla la norma en cuestión en tanto que criterio para determinar la fórmula tarifaria, permite distribuir los costos de la prestación de los servicios entre los diferentes usuarios y facilita que se establezcan condiciones financieras para diferir dichos costos en el tiempo.

La introducción de un factor por concepto de expansión conlleva a un cambio de la estructura tarifaria en la medida en que se agrega a la tarifa un elemento adicional a la mera disposición y utilización del respectivo servicio, prestado bajo condiciones de eficiencia. En efecto, el cobro de este factor implica que la tarifa no sólo incorpora el costo del servicio que los

usuarios reciben sino que incluye también un rubro adicional destinado a que nuevos usuarios tengan acceso al servicio en el futuro.

De esta manera, el legislador previó, en desarrollo del artículo 367 de la Carta –según el cual corresponde a la ley fijar la cobertura, la forma de financiación y el régimen tarifario de tales servicios–, que la expansión de los servicios públicos sería costeadada por medio de diferentes fuentes de financiación, a saber, las inversiones estatales, las inyección de capital por parte de las empresas y el cobro a los usuarios de un factor tarifario por dicho concepto, sin perjuicio de otras posibilidades, o la combinación de éstas.

4.5.2.3.1.2. El artículo 365 de la Constitución estipula que es deber del Estado asegurar la prestación de los servicios públicos a todos los habitantes del territorio nacional, pero no establece un mecanismo concreto para la realización y financiación de este cometido ni prevé que deba ser asumido únicamente por el Estado.

Así pues, caben diferentes fuentes de financiación para costear su expansión, como por ejemplo, las inversiones directas a cargo del Estado, las inyecciones de capital por las empresas y la inclusión de un factor tarifario a cargo de los usuarios por ese concepto, o una combinación de estas fuentes, con miras a un mejor aprovechamiento de los recursos económicos de la sociedad en general para el beneficio de sus habitantes.

En este orden de ideas, se tiene que la Constitución no prohíbe que el Estado cubra la totalidad de los costos de la expansión de los servicios públicos con recursos estatales exclusivamente. Sin embargo, esta opción conlleva a que sean los contribuyentes quienes sufraguen, por vía tributaria, este costo, lo cual repercute en la disponibilidad por parte del Estado de recursos para la realización de otras inversiones sociales también prioritarias donde el capital privado esta menos dispuesto a invertir o es difícil recuperar costos por vía de las tarifas.

La ley puede también estipular que la expansión de los servicios públicos a todos los habitantes del territorio nacional sea cubierta únicamente con inyecciones de capital por las empresas prestadoras del servicio. No obstante, esta solución también podría conducir a que los costos de expansión fueran trasladados a los usuarios por vía de las tarifas para cubrir las inversiones ya realizadas en un lapso más breve y dentro de un grupo más reducido.

No obstante, un esquema de esta naturaleza haría que la expansión de los servicios quedara sujeta a los planes de inversión de las empresas privadas prestadoras. Igualmente, habría dificultades para la aplicación de criterios de solidaridad respecto de la recuperación de los recursos destinados para la expansión, pues si ésta benefició a sectores marginados, serían estos los que podrían verse obligados a soportar la carga de cubrir los costos de la expansión sin que tales costos se distribuyan entre una base más amplia de usuarios que comprenda a personas de estratos más altos.

Por el contrario, el cobro de un factor tarifario destinado específicamente para cubrir la expansión del servicio, facilita (i) que se tenga mayor claridad sobre los recursos

recuperables para tal propósito y (ii) que se establezcan tarifas variables aplicables según la capacidad de pago de los diferentes usuarios, en atención al principio de solidaridad. Dicho factor permite además (iii) que la financiación de los costos de expansión sean distribuidos en el conjunto de usuarios, es decir, en una base más amplia; (iv) que los costos de la expansión se difieran en el tiempo durante un lapso mayor, aminorando así la carga que pueda recaer sobre cada usuario; y (v) que los usuarios en general colaboren, en virtud del principio de solidaridad, a la financiación de las inversiones necesarias para que las personas de menores ingresos tengan acceso a los servicios públicos.

En efecto, si bien el legislador puede establecer que corresponde al Estado asumir de manera directa este costo, difícilmente recuperable, también puede recurrir –tal como lo hace en esta oportunidad– al principio de solidaridad entre usuarios mismos de los servicios públicos y disponer que los de mayores ingresos tendrán una carga proporcionalmente superior a la de los de menores ingresos para asegurar así que todos tengan acceso a tales servicios.

En este orden de ideas, se observa que el cobro de un factor tarifario por concepto de expansión permite, en conjunto con otros mecanismos y de acuerdo con los criterios establecidos en la ley para el efecto, que se financie la expansión de los servicios públicos con miras al cubrimiento progresivo de la totalidad de los habitantes.

No obstante, la cuestión a determinar es si, de acuerdo con los principios de solidaridad y redistribución que contempla la Carta respecto de la prestación de los servicios públicos, corresponde establecer criterios particulares respecto del uso de los recursos que obtengan las empresas prestadoras de los servicios por concepto de un factor tarifario correspondiente a la expansión del mismo, y si el costo de la expansión de los servicios debe ser asumido por todos los usuarios, de manera igual, independientemente de su condición económica.

4.5.2.3.1.3. La Constitución prevé que la solidaridad es un principio fundamental del Estado social de derecho (art. 1° de la C.P.) y que a todas las autoridades corresponde asegurar su efectividad (art. 2° de la C.P.). En desarrollo del principio de solidaridad, la Carta indica que corresponde al Estado adoptar medidas a favor de las personas que se encuentren en condiciones de marginalidad (art. 13 de la C.P.) y que éste, de manera especial, intervendrá para asegurar que las personas de menores ingresos tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos (art. 334 de la C.P.). En concordancia con las normas citadas, la Constitución contempla, respecto de los servicios públicos en concreto, que el Estado asegurará su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional (art. 365 de la C.P.) y que "[l]a Nación, los departamentos, los distritos, los municipios y las entidades descentralizadas podrán conceder subsidios, en sus respectivos presupuestos, para que las personas de menores ingresos puedan pagar las tarifas de los servicios públicos domiciliarios que cubran sus necesidades básicas" (art. 368 de la C.P.). Así, se determinan algunos de los fines de la función de regulación en un Estado social de derecho, a lo cual se hizo referencia en las consideraciones generales de esta sentencia.

La Ley 142 de 1994, por su parte, desarrolla este mandato constitucional en varios de sus artículos. Por ejemplo, su artículo 97¹⁸⁶ señala que las empresas prestadoras de servicios públicos otorgarán plazos a los usuarios de los estratos de menores ingresos para amortizar los cargos de la conexión domiciliaria, incluyendo la acometida y el medidor y que, en todo caso, el Estado podrá cubrir tales costos. El sistema de tarifas subsidiadas que contempla el artículo 89 de la misma ley¹⁸⁷ aplicable a los mismos usuarios, responde también al criterio de solidaridad establecido en los mandatos constitucionales citados.

El marco constitucional referido, desarrollado, entre otros, por los instrumentos mencionados de los que se vale la Ley 142 de 1994, permite concluir que el principio de solidaridad en materia de servicios públicos genera una doble obligación a cargo del Estado: de un lado, le corresponde velar por que haya mecanismos encaminados a que las personas de más bajos ingresos puedan acceder y disfrutar de los servicios públicos y, del otro, es responsable de establecer sistemas que faciliten que tales personas realmente puedan sufragar la tarifa que se les cobra por la prestación de tales servicios, es decir, que la tarifa no sea excesiva dada su capacidad económica.

4.5.2.3.1.4. Por lo tanto, se observa que el cobro de un factor tarifario por concepto de expansión del servicio se ajusta a la Carta en tanto que desarrollo del principio de solidaridad. En efecto, este factor busca que los usuarios colaboren con la financiación de los servicios públicos según su capacidad económica. De igual forma, es claro que la efectividad de este principio depende de que los recursos que se generen con base en este factor, se destinen de manera prioritaria para lograr el acceso a los servicios públicos domiciliarios a las personas de aquellos sectores que, a causa de sus limitaciones económicas, experimentan dificultades para obtener el cubrimiento de tales servicios en condiciones de mercado o no lo logran.

En efecto, como ya se indicó, las personas de los estratos medios y altos suelen contar con recursos económicos suficientes para costear por sí mismos las expansiones que se requieran para obtener el cubrimiento de los servicios públicos mientras que los de los estratos bajos suelen experimentar dificultades o estar en imposibilidad de asumir este costo, de manera que, se reitera, los recursos que se obtengan por el cobro de un factor tarifario por concepto de expansión, han de ser destinados prioritariamente para la atención de los sectores de menores ingresos, sin perjuicio de que bajo ciertas condiciones otros estratos también puedan, indirecta o consecuencialmente, ser beneficiarios de los mismos. Sin embargo, estos últimos no pueden ser los primeros, los principales ni mucho menos los únicos beneficiados con la expansión financiada con tarifas. La prioridad de la expansión así financiada ha de ser los estratos a los que pertenecen las personas de menos ingresos. Por ejemplo, si en una zona marginada habitan excepcionalmente personas que no pertenecen a los estratos bajos, el beneficio que éstas recibirán por la expansión de un servicio a dicha zona, será como consecuencia de una política encaminada a llevar un servicio público de manera prioritaria a personas de menores ingresos.

4.5.2.3.1.5. De igual manera, la Corte estima que el cobro de un factor tarifario por concepto de costos de expansión no puede ser asumido por todos los usuarios independientemente de cuál sea su capacidad económica, pues ello implicaría una vulneración del principio de solidaridad en el ámbito de los servicios públicos.

De acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, "la clasificación de los usuarios en categorías, por sí misma, no viola la Constitución, siempre que la clasificación corresponda a niveles distintos de capacidad económica. En efecto se trata de un método que permite distinguir grupos de usuarios y establecer entre éstos, aquéllos que pueden, además de asumir los costos de los servicios, colaborar en la financiación de los subsidios que necesitan las personas de menores ingresos para completar el pago de los mismos. Dado que la solidaridad y la redistribución de ingresos, son criterios que debe tomar en cuenta el legislador al establecer el régimen tarifario de los servicios públicos domiciliarios, no es posible desechar el esquema ideado por el legislador que se revela idóneo para cumplir dicho propósito"¹⁸⁸.

Es decir, la solidaridad en materia de servicios públicos implica la clasificación de los usuarios en categorías, según los distintos niveles de capacidad económica con el fin de que los de menores ingresos tengan, en proporción al servicio recibido, tarifas menores a las de quienes tienen mayor capacidad de pago.

En este orden de ideas, al incluir en la tarifa los costos de expansión, el regulador deberá tener en cuenta el principio de solidaridad para que este costo adicional sea distribuido entre los usuarios de tal manera que se valore su diferente capacidad económica y se impida que tales costos recaigan en los usuarios actuales de menores ingresos en lugar de ser asignados de tal forma que los actuales usuarios de mayores ingresos sean quienes asuman proporcionalmente una carga mayor de financiación de la expansión. Lo anterior no obsta para que todos, también en virtud del principio de solidaridad, asuman una parte de estos costos de expansión, en la proporción y en el momento que, dentro del marco constitucional y legal, defina la comisión de regulación competente¹⁸⁹.

4.5.2.3.1.6. La Corte concluye que la expresión "las fórmulas de tarifas garantizarán la recuperación de los costos y gastos propios de operación, incluyendo la expansión, la reposición y el mantenimiento", es constitucional. No obstante, la inclusión del costo de expansión como un factor de la fórmula tarifaria, se ajusta a la Constitución en el entendido de que al considerar los costos de expansión se incluirá un criterio expreso para hacer efectivo el principio de solidaridad y para asegurar que los beneficiarios de la misma serán, de manera prioritaria, las personas de menores ingresos. La Corte habrá de condicionar en el mismo sentido, como se verá posteriormente, la exequibilidad del cargo por aportes de conexión que menciona el numeral 90.3 del artículo 90 de la Ley 142 de 1994, dada su estrecha relación con el factor de expansión anteriormente analizado.

4.5.2.3.2. El numeral 87.4 del artículo 87 de la Ley 142 de 1994 indica que las fórmulas tarifarias contemplarán un factor que permitirá "remunerar el patrimonio de los accionistas en

la misma forma en la que lo habría remunerado una empresa eficiente en un sector de riesgo comparable".

Esta Corporación ha sostenido que "en cabeza del Estado radica la obligación de garantizar que la prestación de los servicios públicos sea eficiente, pero tal imperativo constitucional no puede llevarse hasta el extremo de afirmar que tenga que prestarlos directamente. La Constitución no establece tal compromiso, pues prevé la posibilidad de que los mismos sean prestados no sólo por el Estado sino también por comunidades organizadas o por particulares (art. 365 de la C.P.). De manera tal que todos tienen igual vocación. Precisamente, atendiendo dicho presupuesto, la Ley 142 de 1994 contempló en su artículo 10190 el derecho de las personas a organizar y operar empresas que tengan por objeto la prestación de los servicios públicos domiciliarios, las cuales deben cumplir con los requisitos allí señalados. Tal previsión es un reflejo del principio de participación y de la libre actividad económica e iniciativa privada, garantizadas en el artículo 333 de la Carta, dentro de los límites del bien común"¹⁹¹.

El punto a establecer es si la inclusión en las fórmulas tarifarias de un factor que permita "remunerar el patrimonio de los accionistas en la misma forma en la que lo habría remunerado una empresa eficiente en un sector de riesgo comparable", según lo prescrito en el numeral 87.4 del artículo 87 de la Ley 142 de 1994, conlleva a un desconocimiento de la obligación que tiene el Estado de asegurar la prestación de los servicios públicos a todos los habitantes del territorio nacional (art. 365 de la C.P.), en particular a los de menores ingresos (art. 334 de la C.P.) en aras del bienestar general y del mejoramiento de la calidad de vida de la población art. 366 de la C.P.).

La autorización que contiene la Carta para que los particulares puedan prestar los servicios públicos en desarrollo del derecho a la iniciativa privada, supone la posibilidad de que los particulares obtengan por medio de dicha actividad los efectos que motivan tal iniciativa privada, uno de lo cuales es la obtención de utilidad, siempre que ésta sea la propia de un mercado competitivo, en los términos previstos en la Constitución, y no la que se genera en condiciones ineficientes, como sucede cuando la provisión monopólica u oligopólica carece de un adecuado ejercicio de la función de regulación.

Por ello, el criterio que fija el legislador para que las respectivas comisiones de regulación determinen el factor para cuantificar la remuneración del patrimonio de los accionistas, toma como referencia la utilidad que podría obtener una empresa similar en una situación de mercado competitivo y sujeta a los riesgos propios de su actividad. Adicionalmente, la Corte observa que, de acuerdo con la definición que se analiza, la ley no indica cuáles son las tarifas ni prevé que éstas sean señaladas caso por caso por las comisiones de regulación. La ley prevé que las tarifas serán el resultado de la aplicación de las fórmulas que para el efecto fije la respectiva comisión. Así pues, las empresas sujetas al régimen de libertad regulada tienen cierto ámbito de libertad para obtener niveles de eficiencia superiores a los que contempla la fórmula –lo cual implica una mayor utilidad– aunque también se encuentran

sujetas al riesgo de no alcanzar los parámetros establecidos –con lo cual se reduce la utilidad o, incluso, se genera pérdida.

En este orden de ideas, el criterio que establece el legislador consiste en que la fórmula tarifaria que fijen las respectivas comisiones de regulación, cuente con unas características tales que para un inversionista sea "igualmente" atractivo e "igualmente" riesgoso invertir en una empresa prestadora de servicios públicos sujeta a la regulación estatal o en una de similares características pero en condiciones eficientes de libre competencia.

En el mismo sentido, el criterio que contiene la ley para la remuneración del patrimonio supone que corresponde a los usuarios pagar tarifas iguales a las que les correspondería pagar si el servicio pudiera ser ofrecido en un mercado competitivo, sin perjuicio de los mecanismos que, en concreto, consagra la ley para garantizar el principio de solidaridad.

En este orden de ideas, si la norma dispusiera un factor de remuneración del patrimonio inferior al del mercado, la empresa privada no se vería motivada a participar de esta actividad, con lo cual la prescripción del artículo 365 de la Carta, en el sentido de que los particulares podrán ser prestar los servicios públicos, carecería de aplicación real. En sentido contrario, si la norma estipulara que un factor de remuneración del patrimonio para las empresas particulares encargadas de la prestación de los servicios públicos superior a la que tendría una empresa similar en condiciones y bajo riesgos de mercado, se estaría vulnerando el principio de eficiencia respecto de la prestación de los servicios públicos, igualmente consagrado en el artículo 365 de la Carta.

En conclusión, esta Corporación encuentra que la afirmación del actor en el sentido de que el criterio de costos conlleva a una protección de los intereses de los propietarios de las empresas prestadoras de servicios públicos en perjuicio de los derechos de los usuarios, carece de fundamento.

4.5.2.3.3. La inclusión en las fórmulas de un factor que permita a las empresas utilizar las tecnologías y sistemas administrativos que garanticen la mejor calidad, continuidad y seguridad responde al mandato contenido en el artículo 367 de la Constitución. En efecto, este artículo prevé, entre otras, que corresponde a la ley fijar los niveles de calidad que se deberán observar respecto de la prestación de los servicios públicos.

Con la inclusión de este factor tarifario, el legislador busca que las empresas prestadoras de los servicios públicos dispongan de una fuente de recursos cuya finalidad consiste en incrementar el nivel de calidad de los mismos, lo cual incluye la continuidad del servicio y la seguridad con que se presta. En este orden de ideas, la Corte estima que este factor tarifario desarrolla la prescripción contenida en el artículo 366 de la Constitución, según la cual por medio de los servicios públicos se asegurará el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida, y en el artículo 367 Superior que exige que la calidad del servicio sea valorada al definir las responsabilidades de los prestatarios.

4.5.2.3.4. El anterior análisis pone de presente que la definición del criterio de suficiencia financiera que adoptó la Ley 142 de 1994 establece los parámetros necesarios para asegurar que las fórmulas tarifarias cubran los costos y gastos de prestación del servicio, incluidos los de expansión con el fin de lograr paulatinamente un cubrimiento a todos los habitantes del territorio; que haya un nivel de utilidades para las empresas que garantice a la vez los derechos de los usuarios y el ejercicio efectivo de la iniciativa privada; y que las empresas cuenten con recursos para garantizar mejoras sucesivas en los índices de calidad, continuidad y seguridad del servicio.

Así pues, el criterio de suficiencia financiera definido por el legislador responde al mandato del artículo 365 constitucional según el cual el régimen tarifario tendrá en cuenta, entre otros, el criterio de costos. Contempla también otros fines mencionados en el mismo artículo de la Carta, a saber, la expansión a todos los habitantes del territorio nacional y la búsqueda de más altos niveles de calidad (art. 365 de la C.P.). Desarrolla igualmente los parámetros establecidos en el artículo 367 respecto de la calidad del servicio y sus costos. Pasa ahora la Corte a estudiar las reglas previstas por el legislador para la aplicación de los criterios que rigen la prestación de los servicios públicos.”

En síntesis, el principio de “suficiencia financiera”, bajo los condicionamientos señalados por la Corte, fomenta la expansión y mantenimiento de la infraestructura²³. Entre otros, permite que las formulas tarifarias tengan en cuenta los planes de expansión de las empresas para que puedan financiarse con las tarifas (art. 87.4 de la ley 142) o mediante el cobro de cargo por aportes de conexión (art. 90.3 ley 142).

Claro está, entre otros, a través de lo dispuesto en los numerales 90.324 y 96 de la ley 142 de 1994, el legislador buscó evitar proyectos de inversión sin un análisis serio y completo de sus costos y beneficios. En síntesis, en estos numerales se dispone que las tarifas sólo deban tener en cuenta las inversiones correspondientes a “planes de expansión de costo mínimo”. Todo lo cual está de acuerdo con las obligaciones internacionales del Estado colombiano, señaladas por el Comité, referidas al uso eficiente de los recursos.

Ahora bien, en cuanto a eventuales contradicciones entre los criterios de “eficiencia económica” y “suficiencia financiera”, en el numeral 87.7 de la ley 142 se establece:

“87.7. Si llegare a existir contradicción entre el criterio de eficiencia y el de suficiencia financiera, deberá tomarse en cuenta que, para una empresa eficiente, las tarifas económicamente eficientes se definirán tomando en cuenta la suficiencia financiera.”

La Corte Constitucional, en la sentencia C-150 de 2003, interpretó este numeral en los siguientes términos:

“Se observa que el texto normativo citado establece un criterio para armonizar los criterios de eficiencia y suficiencia financiera y no para dar prioridad a alguno de ellos sobre el otro. Esto obedece que cada uno de dichos criterios versa sobre aspectos diferentes de la determinación del costo de los servicios públicos. En efecto, el criterio de eficiencia

determina las condiciones bajo las cuales debe establecerse el costo de la prestación del servicio (tarifas que se aproximen a los precios de un mercado competitivo; aumento de productividad; distribución del mismo entre empresa y usuarios; ausencia de ineficiencias en las tarifas; ausencia de prácticas restrictivas de la competencia) mientras que el criterio de suficiencia financiera comprende los factores dinámicos sobre los cuales se aplican tales condiciones (costos y gastos en condiciones eficientes; utilidad de acuerdo con el nivel de riesgo correspondiente en condiciones de competencia; mejora de tecnología y de sistemas administrativos).

Además, el criterio de suficiencia incorpora un aspecto dinámico en la determinación de la tarifa puesto que busca no sólo que en el largo plazo las empresas prestatarias del servicio sean sostenibles, lo cual asegura el principio de continuidad de los servicios públicos, sino además que el servicio evolucione permanentemente en el sentido de su mejoramiento, no de su deterioro.

En este orden de ideas, la Corte observa que la fórmula establecida por el legislador según la cual los servicios públicos deberán obedecer al criterio de suficiencia en condiciones eficientes, protege el interés de los usuarios en la medida en que se establecen condiciones para que la prestación sea sostenible en el largo plazo, para que cuenten con adecuados niveles de calidad. El legislador no le otorga primacía al criterio de suficiencia financiera per se. En la norma acusada, lo que el legislador hace es exigir que la eficiencia económica no se mida a la luz de una situación estática en la cual una empresa se queda cómodamente dentro de su nicho de mercado sin mejorar la calidad del servicio. Lo que se pretende es que se tenga por eficiente a quien mejore la calidad del servicio que presta y a quien pretende llevar el servicio a más usuarios para que se cumpla el mandato constitucional de que todos puedan gozar de los servicios, en especial los sectores marginados y los de menores ingresos. En ese sentido la norma no contradice los principios constitucionales sino que define un parámetro para su aplicación en caso de que se presente un conflicto entre dos criterios económicos.

En este orden de ideas, la Corte encuentra que la segunda frase del numeral 87.7 del artículo 87 de la Ley 142 de 1994, según la cual "si llegare a existir contradicción entre el criterio de eficiencia y el de suficiencia financiera, deberá tomarse en cuenta que, para una empresa eficiente, las tarifas económicamente eficientes se definirán tomando en cuenta la suficiencia financiera", se ajusta a la Constitución y así lo declarará en la parte resolutive de este fallo."

De lo anterior, se puede concluir, entonces, que las fórmulas tarifarias sólo deben asegurar la "suficiencia financiera" de empresas "eficientes", entendidos todos los conceptos de acuerdo con la jurisprudencia constitucional.

De acuerdo con todo lo anterior, las personas prestadoras de servicios públicos, con el fin de garantizar la calidad y continuidad del servicio, deben asegurar que los activos destinados a satisfacer determinada demanda, sean repuestos o reparados cuando ello sea necesario, por

otros similares o de mejores características técnicas y de capacidad. Para lo cual, los prestadores de los servicios objeto de estudio de este concepto unificador, no sólo deben tener en cuenta las mencionadas disposiciones constitucionales y las normas legales, junto con su reglamentación, sino los particulares criterios y condiciones establecidos en la Resolución 287 de 2004 de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico.

Deben tener en cuenta que dicha resolución incluyó, por ejemplo, como componente adicional de la estructura tarifaria, las tasas ambientales en las que incurre la persona prestadora, que para el servicio de alcantarillado se refiere a la tasa retributiva, para lo cual señala la metodología y referencia para determinar su costo medio. Igualmente, dicha resolución establece la metodología para calcular las inversiones en tecnología que permitan reducir la contaminación y define la fórmula correspondiente para el cálculo del costo que por este concepto será trasladada a la tarifa.

2.3.2.3.- La “neutralidad”

De acuerdo con el criterio de “neutralidad”, cada consumidor tiene derecho a tener el mismo tratamiento tarifario que cualquier otro, si las características de los costos que ocasiona a las empresas de servicios públicos son iguales. El ejercicio de este derecho no debe impedir que las empresas de servicios públicos ofrezcan opciones tarifarias y que el consumidor escoja la que convenga a sus necesidades.

Al respecto, de acuerdo con la sentencia C-150 de 2003 de la Corte Constitucional “Los principios consagrados en el artículo 87 (neutralidad, simplicidad y transparencia) coinciden con los principios constitucionales generales de igualdad, equidad, participación, derecho a la información y a los derechos de los consumidores consagrados en el artículo 78 Superior.”

2.3.2.4.- La “solidaridad” y “redistribución”

En desarrollo del artículo 368 de la Constitución, de acuerdo con los criterios de “solidaridad” y “redistribución” consagrados en la Ley 142 de 1994, dentro del régimen tarifario deben adoptarse medidas para asignar recursos a los “fondos de solidaridad y redistribución”, para que los usuarios de los estratos altos y los usuarios comerciales e industriales, ayuden a los usuarios de estratos bajos a pagar las tarifas de los servicios que cubran sus necesidades básicas. Sobre el tema de “subsidios” tendremos un aparte especial más adelante.

2.3.2.5.- La “simplicidad”

De acuerdo con el criterio de “simplicidad”, las fórmulas tarifarias se elaborarán en tal forma que se facilite su comprensión, aplicación y control.

Al respecto, de acuerdo con la sentencia C-150 de 2003 de la Corte Constitucional “Los principios consagrados en el artículo 87 (neutralidad, simplicidad y transparencia) coinciden con los principios constitucionales generales de igualdad, equidad, participación, derecho a la información y a los derechos de los consumidores consagrados en el artículo 78 Superior.”

2.3.2.6.- La “transparencia”

De acuerdo con el criterio de “transparencia”, el régimen tarifario será explícito y completamente público para todas las partes involucradas en el servicio, y para los usuarios.

Al respecto, de acuerdo con la sentencia C-150 de 2003 de la Corte Constitucional “Los principios consagrados en el artículo 87 (neutralidad, simplicidad y transparencia) coinciden con los principios constitucionales generales de igualdad, equidad, participación, derecho a la información y a los derechos de los consumidores consagrados en el artículo 78 Superior.”

2.3.3.- Elementos de las fórmulas tarifarias

La ley 142 de 1994 en su artículo 90 determina cuáles son los elementos de las fórmulas tarifarias, dejando en claro que las comisiones de regulación pueden diseñar y hacer públicas diversas opciones con base en éstos. Dichos elementos son (i) el cargo por unidad de consumo, (ii) el cargo fijo y (iii) el cargo por aportes de conexión.

2.3.3.1.- Cargo por unidad de consumo

Un “cargo por unidad de consumo”, que refleje siempre tanto el nivel y la estructura de los costos económicos que varíen con el nivel de consumo, como la demanda por el servicio. En relación con los servicios objeto de este concepto, existen distintos tipos de consumo, a los que corresponde un distinto “cargo por unidad de consumo” así: (i) consumo básico, (ii) consumo complementario y (iii) consumo suntuario, cuyas descripciones se encuentran en el artículo 2.4.3 de la CRA 151 de 2001. La actual metodología tarifaria para el servicio público domiciliario de acueducto establece un desincentivo al desperdicio y consumo excesivo del agua al determinar un valor más alto del metro cúbico para el consumo complementario y suntuario, conforme a lo establecido en la Resolución CRA151 de 2001 de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico. Todo lo cual está en consonancia con la Constitución y con las disposiciones internacionales sobre el tema, vinculante vía “bloque de constitucionalidad”.

2.3.3.2.-Cargo fijo

Un “cargo fijo”, que refleje los costos económicos involucrados en garantizar la disponibilidad permanente del servicio para el usuario, independientemente del nivel de uso. La ley considera como costos necesarios para garantizar la disponibilidad permanente del suministro aquellos denominados costos fijos de clientela, entre los cuales se incluyen los gastos adecuados de administración, facturación, medición y los demás servicios permanentes que, de acuerdo a definiciones que realicen las respectivas comisiones de regulación, son necesarios para garantizar que el usuario pueda disponer del servicio sin solución de continuidad y con eficiencia.

En relación con el “cargo fijo”, en la sentencia C-041 de 2003, la Corte Constitucional señaló:

El concepto de gratuidad de los servicios públicos ha sido abandonado en la Constitución Política de 1991 (art. 367) y ha surgido, en cabeza de los particulares, la obligación de contribuir en el financiamiento de los gastos en que incurra el prestador del servicio dentro de los criterios de justicia y equidad (arts. 95, 367, 368 y 369 C.P.). Para determinar los costos del servicio hay que tener en cuenta una serie de factores que incluyen no sólo el valor del consumo de cada usuario sino también los aspectos económicos que involucran su cobertura y disponibilidad permanente de manera tal que la prestación sea eficiente. Precisamente con

tal fin la Constitución prevé que sea la ley la que fije no sólo las competencias y responsabilidades en la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación, sino el régimen tarifario, en el cual se tendrán en cuenta los criterios de costos, solidaridad y redistribución de ingresos.

Sobre el carácter oneroso de los servicios públicos, es importante recordar lo que la Corte dijo al respecto:

"El tema de los servicios públicos comprende una de las materias de mayor sensibilidad en la opinión colectiva, sobre todo después del abandono del concepto de servicios públicos gratuitos que tantas expectativas causó en los comienzos del Estado Social de Derecho.

Hoy en día esa gratuidad ha sido abandonada quedando supérstite en pocos servicios como la Justicia (Artículo 229 C.N.) o la educación (Artículo 67 C.N.), o la salud (Artículos 49 y 50 C.N.), de manera más o menos parcial. Actualmente los servicios públicos son onerosos, surgiendo la obligación para las personas y los ciudadanos de contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de justicia y equidad (Numeral 8, Artículo 95 y Artículo 368 ibídem)".

"La determinación de los costos de los servicios, implica la evaluación de un conjunto de factores que va desde la cobertura y oportunidad en su prestación hasta la eficiencia y clasificación de los distintos tipos de usuarios de los mismos. Si a esto se agrega la circunstancia de que para impulsar el desarrollo de un país, se requiere que sus habitantes dispongan de agua potable, energía eléctrica, medios de comunicación, etc., se aprecia la dimensión del esfuerzo del legislador a fin de conciliar la realidad con los objetivos de justicia social que se encuentran en el origen y justificación de la organización de los servicios públicos.

Teniendo en cuenta que la prestación del servicio ha de ser eficiente y que debe respetar los principios de solidaridad y universalidad, las empresas que proporcionan el bien o servicio no pueden trabajar a pérdida, es decir, deben recuperar los costos en que incurran y asegurarse de obtener recursos para poder invertir en el mismo sector con el fin de tener unos mínimos beneficios que se traduzcan en mayor competitividad y mejores beneficios para los usuarios. De esa manera los costos fijos a los que alude la norma demandada, es decir los que reflejan los costos económicos involucrados en garantizar la disponibilidad permanente del servicio para el usuario, independiente del nivel de uso, hacen que el prestador del servicio reciba cierto dinero con el cual, dentro de la libre competencia, se logre que la empresa sea viable y garantice la disponibilidad permanente del servicio y su prestación de manera eficiente (art. 333 C.P.).

Atendiendo tales previsiones el artículo 128 de la Ley 142 de 1994 dispuso que la empresa presta los servicios públicos al usuario a cambio de un precio, el cual se determina de acuerdo con las previsiones contenidas en la Ley. Ese precio no tiene una finalidad tributaria sino técnica y operativa. De tal forma que las tarifas deben atender a los principios de eficiencia económica y suficiencia financiera y deben reflejar, por tanto, los costos y gastos

propios de la operación. No obstante y con el fin de hacer efectivo el principio de solidaridad, se prevé la posibilidad de que la Nación, los departamentos, los distritos, los municipios y las entidades descentralizadas concedan subsidios en sus respectivos presupuestos, con el propósito de que las personas de menores ingresos puedan pagar las tarifas de los servicios públicos domiciliarios.

De acuerdo con lo anterior, la Corte encuentra que con el cargo fijo contemplado en el artículo impugnado el Estado no se despoja de su función de garantizar la prestación eficiente de los servicios públicos, pues la gratuidad de los servicios públicos domiciliarios no está contemplada por el Constituyente de 1991 y además dentro de los deberes de toda persona se encuentra el de contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado. La tarifa que se paga por la prestación de un servicio público domiciliario está vinculada no sólo con el nivel de consumo del usuario, sino con los costos en que incurre la empresa respectiva para poder brindar el bien o servicio en condiciones de competitividad y está determinada por el beneficio que finalmente recibe el usuario. El sólo hecho de que el prestador del servicio esté disponible para brindar el mismo genera costos, los cuales son independientes del consumo real que se efectúe. A juicio de la Corte, la norma acusada, en cuanto contempla un cargo fijo que debe pagar el usuario, no vulnera la Carta Política toda vez que tal concepto se ve reflejado en su propio beneficio, es decir en una prestación eficiente y permanente del servicio.

Por otro lado, al contrario de lo expuesto por el demandante, para la Corte es claro que el Congreso sí está facultado por la Constitución (arts. 150 -numeral 3- y 367 C.P.) para fijar el régimen tarifario de los servicios públicos domiciliarios y para determinar las entidades competentes para fijar las tarifas. En materia de servicios públicos domiciliarios fue directamente el Constituyente quien defirió tal competencia en el legislador y en ejercicio de esa facultad puede, como en efecto lo ha hecho, determinar cuáles son los elementos de las fórmulas tarifarias y cuáles los cargos que pueden incluirse. Siempre, teniendo en cuenta, además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos. Precisamente la Ley 142 de 1994 dispone que las comisiones de Regulación son las llamadas a establecer las tarifas, de acuerdo con las previsiones que allí se consagran y respetando los principios que en la materia consagró la Constitución.

Se declarará, entonces, la constitucionalidad de la disposición acusada en cuanto no contraviene los artículos 1, 2, 338 y 365 de la Carta Política.

Por último, la Sala considera necesario reiterar que el régimen tarifario, conforme a lo dispuesto por el artículo 367 de la Carta Política, debe consultar no sólo criterios de costos sino también de solidaridad, y que, según el artículo 73 de la Ley 142 de 1994, las comisiones de Regulación tienen como finalidad promover la libre competencia y regular los monopolios, en orden a una prestación eficiente de los servicios públicos. En cumplimiento de esos objetivos, tales órganos deben asegurar la calidad de los servicios, evitar conductas arbitrarias de los prestadores del servicio y defender los derechos de los usuarios.

De acuerdo con lo anterior, para determinar los costos fijos, específicamente en "los demás servicios permanentes" de que trata el segundo inciso del artículo 90.2 de la Ley 142 de 1994, las comisiones de Regulación deben tener en cuenta criterios tales como:

1. En el momento de realizar la regulación de los costos fijos, no pueden derivar de un mismo hecho varios costos. Es claro que las comisiones no pueden contabilizar dos veces costos tales como la facturación o la medición, toda vez que éstos podrían ser entendidos como los gastos de administración de que habla el segundo inciso del artículo 90.2 de la Ley 142 de 1994.
2. Deben valorar y ponderar los intereses de los usuarios. Esto implica el deber de garantizar que los costos fijos constituyan el mínimo esfuerzo para los usuarios.
3. En el cargo por unidad de consumo es menester que se tenga en cuenta el consumo específico, particularizado y determinable del usuario y del servicio que preste la empresa.
4. Los criterios deben estar concretamente definidos, es decir, no pueden ser vagos, generales y excesivamente amplios, sino que deben ser precisos y estrictos.
5. Resulta absolutamente necesario que las comisiones, antes de hacer la regulación de los costos fijos, escuchen a los usuarios del servicio. La participación directa de los consumidores es relevante para la toma de ese tipo de decisiones. Pero tal deber no se satisface únicamente con la sola participación de voceros o de representantes de los usuarios de los servicios, sino que debe llegar hasta el punto de abrir espacios para que estos últimos de manera directa expongan sus reclamos y sus puntos de vista respecto de los criterios que se van a adoptar."

De modo que, el usuario sólo estaría exonerado del cobro de cargo fijo en los casos de falla en la prestación del servicio conforme al artículo 137 de la Ley 142 de 1994 o cuando el servicio sea suspendido de común acuerdo, artículo 138 ibídem."

De otro lado, para efectos de los servicios específicos objeto de este concepto unificador, de acuerdo a lo establecido en el artículo 163 de la Ley 142 de 1994 las fórmulas tarifarias además de tomar en cuenta los costos de expansión y reposición de los sistemas de agua potable y saneamiento básico, deben incluir los costos de administración, operación y mantenimiento asociados con el servicio.

Además, tendrán en cuenta factores de gestión operacional y administrativa definidos de acuerdo con indicadores de empresas comparables más eficientes que operen en condiciones similares. Así mismo, el artículo 64 de la Ley 142 de 1994 preceptúa que se deben incluir los elementos que garanticen el cubrimiento de los costos de protección de las fuentes de agua, y la recolección, transporte, y tratamiento de los residuos líquidos, así como los concernientes a disposición final de basuras y rellenos sanitarios.

En los servicios de acueducto y alcantarillado, de manera específica, el "cargo fijo" se determina con base en los costos medios de administración y el cargo, para todos los rangos

de consumo, se divide en tres componentes: el costo medio de operación y mantenimiento (CMO), el costo medio de inversión (CMI) y el costo medio de tasas ambientales (CMT).

Estos costos, actualmente, se calculan de acuerdo con las fórmulas establecidas en los capítulos II, III, IV y V de la Resolución 287 de 2004 y buscan en primera instancia manejar costos de referencia de los años 2002 y 2003 excluyendo aquellas partidas que no se relacionan con el servicio de manera directa, tal como lo establece el artículo 7 para el servicio de acueducto, y el artículo 19 para CMO, respectivamente.

La Resolución en cita en el capítulo III, dedicada al costo medio de operación, en el artículo 12 señala sus componentes: uno particular del prestador y uno definido por la comparación entre los prestadores. Para efectos de calcular el costo medio de operación se determinó la siguiente fórmula:

$$\text{CMOac} = \text{CMOPac} + \text{CMO Cac}$$

$$\text{CMOal} = \text{CMOPal} + \text{CMO Cal}$$

Donde

De conformidad con el artículo 13 de la citada Resolución, el costo medio de operación particular se determina para cada servicio en función de los insumos directos de químicos para tratamiento, costos de energía utilizada para fines estrictamente operativos, costos operativos de tratamiento de aguas residuales e impuestos y tasas clasificados como costos operativos diferentes de las tasas ambientales.

El artículo 19 ibídem señala que se tomara como base para el cálculo del costo medio de operación definido por comparación la información contenida en costos de producción como servicios personales (cuenta 7505), generales (7510), depreciaciones (7515), arrendamientos (7517), consumos de insumos directos (7537), órdenes y contratos de mantenimiento y reparaciones (7540), servicios públicos (7545), y otros costos de operación y mantenimiento (7550) en el Plan Único de Cuentas (PUC).

Por gastos de operación se entienden los que se causen o paguen como resultado del desarrollo directo de la operación básica del ente prestador del servicio. Los gastos de personal de operación son las cuentas representativas de los compromisos adquiridos con funcionarios de operación y mantenimiento a cargo del ente prestador de servicios públicos domiciliarios, originados en virtud de normas legales, convenciones o pactos colectivos. Por otra parte, los gastos de operación señalados en el artículo de la resolución citada no son taxativos.

En cuanto al cálculo del “costo medio de administración”, el artículo 7 de la citada Resolución dispone que se toma como base para el cálculo la información contenida como Gastos de Administración (Cuenta 51), y Provisiones, agotamiento, depreciaciones y amortizaciones (Cuenta 53) en el Plan Único de Cuentas.

Dentro de los gastos de administración se agrupan las cuentas representativas de los valores que se causen o paguen para el ejercicio del funcionamiento y normal desarrollo de la actividad administrativa de la empresa prestadora. Por lo anterior, se pueden incluir dentro de ellos las comisiones que cobran las empresas de servicios temporales.

Cobros por conexión

Más de 2400 usuarios

2.4.4.11 aportes a conexión pueden ser cubiertos por entidades para 1,2 y 3

2400 usuarios

Menos de 2400 usuarios

Pueden pedir cargos por conexión

Si los costos por conexión están en la tarifa, no se pueden cobrar aparte.

De la misma manera, la Resolución 287 de 2004 estableció la fórmula del cálculo de los indicadores de eficiencia administrativa y operativa por comparación, acorde con el modelo PDEA, efectuado por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, el cual establece parámetros comparables por grupos de empresas de la muestra, los cuales se encuentran establecidos en la Resolución 345 de 2005.

2.3.3.3.- Cargo por aportes de conexión

Un “cargo por aportes de conexión”, el cual podrá cubrir los costos involucrados en la conexión del usuario al servicio, que incluye la acometida y el medidor o contador. También podrá cobrarse el cargo por aporte cuando, por razones de suficiencia financiera, sea necesario acelerar la recuperación de las inversiones en infraestructura, siempre y cuando éstas correspondan con un plan de expansión de costo mínimo, ya mencionados.

Los cargos de la conexión domiciliaria se pueden pagar a plazos, de conformidad con el artículo 97 de la ley 142 de 1994. Y permite que estos sean pagados con la adquisición de acciones de las empresas para el aumento de su capital, si así lo permiten sus reglamentos.

Ahora bien, de manera particular, para los servicios de acueducto y saneamiento básico, la Resolución 151 de 2001 expedida por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, autorizó el cobro de los derechos de conexión para los servicios de acueducto y alcantarillado, con excepción de los sistemas administrados por organizaciones comunitarias que atienden menos de 2.400 usuarios.

De otro lado, debe tenerse en cuenta que de acuerdo a lo dispuesto en la Ley 142 de 1994, se encuentra prohibido el cobro de derechos de suministro, formularios de solicitud y otros servicios o bienes semejantes. Pero si una solicitud de conexión implica estudios complejos, su costo, justificado en detalle, puede cobrarse, salvo que se trate de usuarios residenciales de los estratos 1, 2 y 3.

2.3.3.4.- Otros cobros autorizados

2.3.3.4.1.- Reconexión y reinstalación

Los prestadores de servicios públicos domiciliarios pueden cobrar un cargo por concepto de reconexión y reinstalación, a fin de recuperar estos costos. Lo anterior, de acuerdo con el artículo 142 de la Ley 142 de 1994 que dispone que para restablecer el servicio en los casos que la suspensión o corte son imputables al suscriptor o usuario, éste debe eliminar tal causa, pagando todos los gastos de reinstalación o reconexión en los que incurra la empresa prestadora, conforme a lo señalado en el contrato de condiciones uniformes.

De manera específica, el artículo 3º del Decreto 302 de 2000, modificado por el artículo 3 del Decreto 229 de 2002, define la reconexión y la reinstalación así:

3.28. Reconexión. Es el restablecimiento del servicio de acueducto a un inmueble al cual le había sido cortado.

3.34. Reinstalación. Es el restablecimiento del servicio de acueducto a un inmueble al cual se le había suspendido.

En los servicios de acueducto y saneamiento básico, estos cargos se encuentran regulados mediante la Resolución CRA 424 de 2007, que establece los topes máximos en los artículos 4 y 5 respectivamente.

2.3.3.4.2.- Construcción de nuevas redes

La construcción de redes locales para conectar inmuebles al sistema de acueducto y alcantarillado es responsabilidad de los urbanizadores o constructores o de la empresa de servicios públicos. En caso de que sea ésta la que lo construya, su costo debe ser asumido por los usuarios de conformidad con los artículos 8 y 9 del Decreto 302 de 2002.

Respecto del cobro de estudios de factibilidad hídrica hay que señalar lo siguiente:

El artículo 95 de la Ley 142 de 1994 dispone que si una solicitud de conexión implica estudios particularmente complejos, su costo, justificado en detalle, podrá cobrarse al interesado, salvo que se trate de un usuario residencial perteneciente a los estratos 1, 2, 3.

Por otro lado, el artículo 1.2.1.1. de la Resolución 151 de 2001 expedida por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico CRA, modificado por el artículo 1o de la Resolución CRA 271 de 2003 señala:

“Costos Directos de Conexión. Son los costos en que incurre la persona prestadora del servicio de acueducto o alcantarillado para conectar un inmueble al sistema o red de distribución existente, por concepto de medidor, materiales, accesorios, mano de obra y demás gastos necesarios.

También se deben considerar como Costos Directos de Conexión los de diseño, interventoría, restauración de vías y del espacio público deteriorado por las obras de conexión, así como los Estudios particularmente complejos, en caso de presentarse. En todo caso sólo se podrán incluir, los costos directos relacionados con la conexión por primera vez de un inmueble o grupo de inmuebles.”

De acuerdo con estas normas, si los estudios de factibilidad reúnen las condiciones antes citadas la empresa podrá cobrarlos al constructor.

Igualmente, cuando se construyen redes a solicitud de los usuarios –que no hacían parte del proyecto del urbanizador, y que contaron con la autorización de la empresa-, su valor podría incluirse en la factura del servicio público, previo acuerdo entre el constructor y los usuarios sobre la suma adeudada y la forma de pago en la factura.

2.3.3.4.3.- Cobro de intereses

En cuanto al tema de intereses, en materia de servicios públicos la regla general es que sólo procede el cobro de intereses de mora respecto del valor del servicio (consumo y cargo fijo) y obligaciones tributarias incluida la contribución de solidaridad.

Respecto a los intereses de plazo, su cobro sólo procede de manera excepcional en relación con algunos bienes o servicios como es el caso de los derechos de conexión incluidos la acometida y el medidor cuando no hagan parte de la tarifa y la empresa y el usuario hayan acordado plazos de amortización para su pago; o cuando se hayan suscrito acuerdos de pago por deudas de servicios públicos.

2.3.3.4.4.- Cobros por reparaciones

Una vez expirado el período de garantía, el costo de reparación o reposición de las acometidas y medidores estará a cargo de los usuarios.

Es atribución exclusiva del prestador realizar cambios en la localización del medidor y de la acometida y en el diámetro de la misma, así como efectuar las labores para independizarlas previo el pago de los costos que se generen, por parte del usuario. Igualmente, los costos de rotura y reconstrucción del pavimento por retiro de la acometida son costos directos que deben ser asumidos por el usuario.

Por su parte, en relación con el cobro por el costo de instalación de hidrantes públicos pueden presentarse varias situaciones. Si un usuario solicita la instalación de un hidrante público, los costos de las obras y equipos requeridos serán asumidos por él. Ahora, si a este usuario le asisten razones de interés social el prestador podrá asumir estos costos. De otro lado, cuando la entidad instale oficiosamente los hidrantes públicos, al formar parte integral de la red de acueducto, los costos de instalación serán asumidos por los constructores y, si la entidad prestadora asume los costos, podrá cobrarlos a los usuarios del servicio.

2.3.4.- Aplicación de las fórmulas tarifarias

2.3.4.1.- Disposiciones generales

El artículo 367 de la C.P. dispone que la ley fijará las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, y el régimen tarifario que tendrá en cuenta además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos.

Es decir, el actual régimen de tales servicios no permite que las empresas que prestan esos servicios fijen de manera arbitraria las tarifas que cobran a los usuarios, sino que desde la propia Constitución se traza un límite: su formulación debe hacerse a partir de los costos de prestación del servicio a efectos de asegurar la viabilidad financiera de las empresas que garantice la eficiencia de la prestación conforme al mandato del artículo 370 Superior.

Esto significa que las empresas de servicios públicos no pueden reducir o congelar las tarifas de los servicios públicos sin que existan estudios que demuestren que esa decisión no pone en peligro su viabilidad financiera, las futuras inversiones de expansión de su cobertura y reposición, el alcance de las tarifas meta, que no se cobren tarifas por debajo de los costos, todo lo anterior con sujeción estricta a los parámetros regulatorios que haya fijado la respectiva Comisión de Regulación.

Como ya se ha dicho, la Resolución CRA 287 de 2004, modificada parcialmente por la Resolución CRA 306 del mismo año, es el actual marco regulatorio y tarifario de los servicios de acueducto y alcantarillado. Esta resolución establece las fórmulas para el cálculo de costos medios de administración, de operación, de inversión y tasas ambientales, las cuales se encuentran consagradas a partir del artículo 5 hasta el artículo 49.

Con base en el enfoque del régimen colombiano, las tarifas no son iguales para todas las empresas, por cuanto éstas dependen directamente de los costos para la prestación del servicio que por múltiples razones pueden ser distintos. Así, los prestadores deben calcular sus tarifas de acuerdo con dichos criterios y metodologías de costos y tarifas. En ese sentido, es necesario tener en cuenta que las empresas prestadoras de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado deben cumplir con la obligación de elaborar sus estudios de costos de acuerdo con la nueva metodología tarifaria contenida en la Resolución CRA 287 de 2004, modificada parcialmente por las Resoluciones CRA 306 de 2004 y 318 de 2005, remitirlos a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y a la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, aplicarlos y reportar la información base para la estimación de los modelos, todo dentro de los plazos establecidos en la regulación.

En relación con la variación de las tarifas, como señaló la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, mediante Concepto CRA-OJ-2005-1445, los aumentos en las tarifas de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo, obedecen a tres razones principalmente:

Incrementos por Inflación: Es la actualización de las tarifas, dada la variación en los precios, la cual se sustenta en el mandato legal contenido en el artículo 125 de la Ley 142 de 1994, según el cual, las tarifas pueden ser actualizadas cuando se acumule un tres por ciento (3%) en los índices que contienen las fórmulas que, para el caso del sector de agua potable y saneamiento básico, es el Índice de Precios al Consumidor.

Incrementos por rezago tarifario: Estos incrementos tienen como fundamento la necesidad de llevar los niveles de subsidios extralegales a los fijados por la Ley, durante el período de transición, que finalizaba el 31 de diciembre de 2005, de acuerdo con lo establecido en la Ley 632 de 2000.

Variaciones producto de la aplicación de lo contenido en la Resolución CRA 287 de 2004. La primera transición regulatoria contenida en la citada norma, puede generar que algunas personas prestadoras se encuentren aumentando las tarifas aplicadas o viceversa, según sea al caso.

Ahora bien, la Resolución CRA 287 de 2004 no contiene ninguna disposición expresa que “autorice” reducción de tarifas; cosa distinta es que, como efecto de la aplicación de la nueva metodología, dependiendo de los estudios de costos de cada empresa, puede haber o reducción o incremento en cada caso en particular.

2.3.4.2.- Disposiciones especiales por servicio

2.3.4.2.1.- Servicios de acueducto y alcantarillado

La tarifa del servicio de alcantarillado debe ser establecida por la empresa con base en lo señalado en la Resolución CRA 287 de 2004, “Por la cual se establece la metodología tarifaria para regular el cálculo de los costos de prestación de los servicios de acueducto y alcantarillado”.

De acuerdo con esta Resolución, el cobro de los vertimientos de alcantarillado tiene directa relación con los consumos de acueducto, los cuales se calculan de acuerdo con la metodología de dicha resolución.

En frente de dicha regla general, regulatoriamente existen dos (2) excepciones (i) cuando los usuarios se abastecen de aguas provenientes de fuentes alternas y (ii) en el caso de grandes consumidores del servicio de alcantarillado, en el que se presenta la opción de aforar los vertimientos. Desde el punto de vista técnico, es factible aforar los vertimientos a las redes de alcantarillado, o en su defecto, partiendo de los consumos de acueducto, determinar el volumen de agua que es transformado en un proceso industrial, para calcular por sustracción el volumen de vertimientos.

De otro lado, según el Decreto 229 de 2002, que modifica parcialmente el Decreto 302 de 2000, reglamentario de la Ley 142 de 1994, en materia de prestación de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado, el suministro de agua por la entidad prestadora del servicio de acueducto por medio de pilas públicas para el abastecimiento colectivo en zonas que no cuenten con red de acueducto, es de carácter provisional y siempre que las condiciones técnicas y económicas impidan la instalación de redes domiciliarias.

En este sentido se tiene que la disposición vigente no determina quién debe fijar las condiciones de cobro para el suministro. Pero la norma señala que el costo de instalación, dotación, medidor, mantenimiento y consumo de la pila pública así como el drenaje de sus aguas, estará a cargo de la respectiva Junta de Acción Comunal o Entidad Asociativa.

Con base en lo anterior y dando aplicación al régimen común, dichos costos los deben establecer de mutuo acuerdo la empresa de servicios públicos y la junta de acción comunal, en todo caso, teniendo en cuenta el criterio de suficiencia financiera señalado en la Ley 142 de 1994.

Al respecto, es preciso recordar que el párrafo del artículo 34 del Decreto 302 de 2002, modificado por el artículo 10 del Decreto 229 de 2002 señalaba que la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico establecería las condiciones de cobro para el suministro de agua mediante el sistema de pilas públicas. Sin embargo, este párrafo fue excluido en el nuevo texto del artículo 34 del Decreto 302 de 2000 contenido en el artículo 10 del Decreto 229 de 2002.

Y que en virtud del criterio de suficiencia financiera, la tarifa debe garantizar la recuperación de los costos y gastos propios de operación y la remuneración del patrimonio de los accionistas en la misma forma en que lo haría una empresa eficiente en un sector de riesgo comparable. Una tarifa acorde con la aplicación de este principio es el costo de referencia, es decir, el costo medio de largo plazo. En todo caso, el costo de cada metro cúbico no podrá exceder el costo de referencia de quien lo suministra.

En cuanto al cobro del cargo fijo individual es necesario tener en cuenta que el artículo 90 de la ley de servicios públicos hace relación a los elementos que conforman las fórmulas tarifarias y no hace mención sobre los eventos en que deben ser cobrados tanto el cargo por unidad de consumo como el cargo fijo. Con todo, cuando el numeral 2º indica que no importa el nivel de uso del servicio, quiere decir que el cargo fijo se cobra a quienes cuenten con el contrato de prestación de servicios públicos domiciliarios, sin que se tenga en cuenta para el cobro de este cargo la utilización del servicio, puesto que él obedece a la posibilidad con que cuenta el usuario de utilizarlo en el momento que lo necesite.

2.3.4.2.2.- Servicio de aseo

En relación con la determinación de las tarifas de servicio de aseo, la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, ha señalado que la empresa prestadora, de acuerdo con sus costos, deberá determinar sus tarifas de prestación del servicio ordinario de aseo sin exceder la tarifa máxima o precio techo.

De acuerdo con lo anterior, la tarifa a cobrar por el servicio de aseo debe ser igual o inferior a la máxima obtenida por la aplicación de la metodología de costos establecidos en la Resolución CRA351 de 2005, teniendo en cuenta los costos reales de prestación del servicio.

Ahora bien, la finalidad de que se cobren los costos reales de prestación, es que las empresas puedan recuperar los costos de prestación, ampliar la cobertura y prestar los servicios públicos de manera eficiente, tal como lo ordena la Constitución Política y las disposiciones internacionales de Derechos Humanos.

La metodología tarifaria establece un costo máximo de recolección y transporte por tonelada de residuos sólidos (CRT), independiente del número de usuarios facturados. Similar situación se presenta con el costo de disposición final (CDT).

En síntesis, la metodología tarifaria arroja un costo por tonelada. La tarifa pagada por el usuario resulta de afectar ese costo por tonelada por la cantidad de residuos sólidos producidos y presentados. En la medida en que se obtenga una medición más aproximada a la producción real de cada usuario, se estará aproximando la tarifa, al costo efectivamente generado de acuerdo con la cantidad producida.

Adicionalmente, deben tenerse en cuenta otros parámetros tarifarios tales como los factores de producción por estrato, la producción media mensual de residuos sólidos por usuario para el municipio (PPU), o la densidad media de residuos sólidos.

Lo importante es que la empresa aplique correctamente la metodología tarifaria de techo definida por la Comisión de Regulación contenida en las Resoluciones CRA 351 y 352 de 2005.

Para efectos del cobro del servicio de aseo resulta fundamental la determinación del tipo de usuario. Se considera “usuario residencial” la persona natural o jurídica que produce residuos sólidos derivados de la actividad residencial privada o familiar, y se beneficia con la prestación del servicio de aseo. Se tiene como servicio de aseo residencial el prestado a aquellos locales que ocupen menos de veinte (20) metros cuadrados de área, exceptuando los que produzcan más de un metro cúbico de residuos sólidos al mes”.

De otro lado, el “usuario no residencial” es “la persona natural o jurídica que produce residuos sólidos derivados de la actividad comercial, industrial o de servicios, y otros no clasificados como residenciales y se beneficia con la prestación del servicio de aseo”. Estos, a su vez, se clasifican según el volumen de residuos presentados en Pequeños Generadores o Productores cuya producción es menor a un metro cúbico mensual y en caso de ser superior a dicho volumen se constituyen en Grandes Generadores o Productores.

De otro lado, también debe tenerse en cuenta que la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico expidió la Resolución CRA 376 de 2005, en donde estableció un modelo de contrato de condiciones uniformes que deberá ser implementado por los prestadores del servicio público de aseo para regular las relaciones con el usuario y deberá adecuarse al tipo de usuario, de acuerdo a los lineamientos que para tal fin ha dado la Comisión.

Así, en el caso concreto de un usuario gran productor, la empresa prestadora del servicio de recolección y transporte de residuos sólidos deberá tener en cuenta, entre otros aspectos, que para el cálculo de las tarifas del servicio de aseo se deben realizar aforos, ya que cuando se trata de pequeños y de grandes productores, es requisito necesario para el cobro del servicio efectuar la medición de los residuos generados a través de este mecanismo.

En cuanto los grandes productores que generen un volumen superior o igual a seis metros cúbicos mensuales (6 m³/mes), de acuerdo con la Resolución CRA 351 de 2005, se podrán pactar libremente las tarifas correspondientes a la Recolección y Transporte de residuos domiciliarios por debajo de la tarifa techo establecida por la CRA.

Los acuerdos con los prestadores incluirán la medición de los residuos objeto del servicio. Las tarifas correspondientes a Tramo Excedente y a Disposición Final, podrán ser libremente pactadas por estos suscriptores cuando, en cada caso, la CRA establezca que efectivamente hay condiciones de competencia entre oferentes, situación que será periódicamente evaluada por la misma Comisión.

Ahora bien, existe el “multiusuario” que es una opción tarifaria que tienen los usuarios agrupados en unidades inmobiliarias, centros habitacionales, conjuntos residenciales, condominios o similares bajo el régimen de propiedad horizontal vigente o concentrados en centros comerciales o similares, que se caracterizan porque presentan en forma conjunta sus residuos sólidos a la persona prestadora del servicio y que solicitaron el aforo de sus residuos para que dicha medición sea la base de la facturación del servicio ordinario de aseo y se facture a cada inmueble en forma individual, en un todo.

En cuanto al local comercial, se aclara que si tiene un área de 29 metros cuadrados, la tarifa correspondiente es la de pequeño productor, toda vez que no se encuentra inmerso dentro de la excepción que establece el artículo 1o del Decreto 1713 de 2002, por tener un área mayor a 20 metros cuadrados. A cada una de las unidades residenciales se le cobra independientemente el valor de la tarifa establecida por la empresa.

Ahora bien, teniendo en cuenta que en una misma residencia puede habitar más de un usuario, dentro de unidades independientes unas de otras, es necesario que la facturación se produzca, igualmente, de manera independiente. Ahora bien, dado que no existe en la actualidad definición legal o regulatoria de lo que debe entenderse como “unidad independiente” para efectos de la facturación del servicio público de aseo, como sí ocurre, por ejemplo, para los servicios de acueducto y alcantarillado, a través de diversos análisis, la SSPD se ha acercado a dicho concepto en los siguientes términos:

“Espacio físico independiente y privado, para el uso particular y exclusivo de un usuario, compuesto como mínimo de baño, cocina y alcoba, que genera residuos sólidos derivados de la actividad residencial privada familiar. En el caso de vivienda compartida, a pesar de la existencia de una única entrada, cada unidad independiente será tomada en cuenta para efectos del catastro de usuarios y facturación a pesar que no se encuentre debidamente legalizada. Para el caso de las unidades no residenciales, es el espacio físico independiente y privado para el uso particular y exclusivo de un usuario, donde desarrolla una actividad que genera residuos sólidos derivados de una actividad no residencial”.

Por ello el contrato de servicios públicos otorga al usuario el derecho a que le instalen una acometida y un medidor en el inmueble. Así, la facturación del servicio por parte de la empresa es en relación con cada una de las acometidas y medidor que tenga el inmueble al cual le están prestando el servicio. Teniendo en cuenta lo anterior, es preciso señalar que en los inmuebles en donde existe una sola acometida y por consiguiente un solo medidor, solo puede existir una sola cuenta determinada en la factura y, en consecuencia sólo se cobra un cargo fijo.

Es preciso señalar que en los inmuebles en donde existe una sola acometida y por consiguiente un solo medidor, solo puede existir una sola cuenta determinada en la factura y por ende un sólo cobro por cargo fijo. Por manera que, no existiendo medición individual, el consumo de las copropiedades se facturará por parte de las empresas como un solo usuario si existe una sola acometida y un único medidor. Ahora bien, la liquidación del valor por pagar por parte de cada uno de los copropietarios estará sometida a lo dispuesto en el contrato de condiciones de la respectiva empresa.

Adicionalmente, es preciso tener en cuenta la existencia en la prestación de este servicio de contratos de concesión celebrados mediante invitación pública, en los cuales la tarifa puede ser un elemento de negociación entre las partes con restricciones establecidas. Se tiene entonces, que la tarifa puede ser incluida dentro de los pliegos de la invitación como un elemento base para el otorgamiento de los contratos, lo cual se adscribe al principio de eficiencia económica en los servicios públicos domiciliarios.

En particular, en lo referente al concepto de áreas de servicio exclusivo, la Comisión de Regulación es la competente para definir por vía general lo pertinente a su verificación, definición de lineamientos y condiciones. Entre éstos, se señala que en los contratos que se

otorguen áreas de servicio exclusivo, los proponentes que participen en la licitación deben presentar dentro de su oferta las tarifas y fórmulas tarifarias a aplicar.

De otro lado, el servicio ordinario de aseo también comprende las actividades de barrido y limpieza de vías y áreas públicas y la recolección, transporte, transferencia, tratamiento, y disposición final de los residuos sólidos originados por estas actividades. Por tanto, son responsabilidad de las personas prestadoras del servicio de aseo. De modo que, debe tenerse presente que las actividades de poda de árboles y corte de césped ubicados en vías y áreas públicas y la transferencia, tratamiento y aprovechamiento de estas actividades, serán pactadas libremente por la persona prestadora de este servicio público de aseo y el Municipio o Distrito como usuario del mismo, no siendo posible trasladar el valor de este servicio público de aseo a los usuarios del servicio en aquellos casos en que implique incrementos en la tarifa máxima fijada por la regulación de acuerdo con la metodología correspondiente.

Ahora bien, en cuanto a la tarifa del servicio de recolección de escombros, podrá ser fijada libremente entre la empresa y el usuario. Sin embargo, al acordarse la tarifa deben tenerse en cuenta los criterios establecidos en la Ley 142 de 1994.

Finalmente, entre las reglas especiales, debe destacarse que las personas prestadoras del servicio de aseo con menos de ocho mil usuarios deben determinar las tarifas de prestación del servicio de aseo de acuerdo con lo establecido específicamente en la sección 4.2.7 de la Resolución CRA 151 de 2000.

2.4.- El actual esquema de subsidios

El esquema de subsidios tiene dos partes básicas: (i) la determinación de sus fuentes de financiación y (ii) la forma como se focalizarán dichos recursos.

2.4.1.- Fuentes de financiación

Dentro de la libertad que le confirió el artículo 367 de la Constitución Política al legislador para definir el régimen tarifario, y en particular para desarrollar lo relativo a los criterios de solidaridad y redistribución de ingresos, el legislador optó por el instrumento de los Fondos de Solidaridad y Redistribución de Ingresos, como mecanismo legal para que a través de ellos se destinen recursos para otorgar subsidios a los usuarios de los estratos 1, 2 y 3 para que puedan pagar los servicios públicos domiciliarios.

El Fondo de Solidaridad y Redistribución de Ingresos es desde un principio, una cuenta dentro del respectivo presupuesto de la entidad a la que pertenece. A través de esta cuenta se contabilizarán todos los recursos que, en virtud de la decisión de la administración territorial correspondiente, se destinen para otorgar estos subsidios.

Ahora bien, también como desarrollo de dicho artículo, el legislador ha desarrollado los “aportes solidarios” a cargo de los usuarios de mayores ingresos, según el sistema de “estratificación” que será analizado más adelante, y de los usuarios industriales y comerciales. Sobre dichos aportes, en la sentencia C-086 de 1998 la Corte Constitucional, que los clasifica como un tributo, se refirió en los siguientes términos:

“Su imposición no es el resultado de un acuerdo entre los administrados y el Estado. El legislador, en uso de su facultad impositiva, y en aplicación del principio de solidaridad que exige la Constitución en materia de servicios públicos, como de los principios de justicia y equidad, decidió gravar a un sector de la población que, por sus características socio económicas podría soportar esta carga.”

Por lo tanto, su pago es obligatorio, y quien lo realiza no recibe retribución alguna. Es así como los inmuebles residenciales de los estratos 5 y 6 y los usuarios industriales y comerciales deben pagar una contribución a fin de cubrir el déficit que se presenta en los estratos bajos. Dicha contribución se cobra sin excepción, siempre que se encuentren clasificados dentro de los usuarios a quienes se les debe cobrar. Igualmente, el principio de solidaridad y redistribución no se aplica exclusivamente a los usuarios de una misma empresa o prestador, sino a todos los habitantes del país independientemente de que estén ubicados en zonas rurales, urbanas o en zonas industriales o turísticas.

Respecto del nivel mínimo de los aportes solidarios, el Decreto 057 de 2006, señalaba lo siguiente:

“ARTÍCULO 3o. NIVEL MÍNIMO DEL FACTOR DE APORTE SOLIDARIO. Para cada uno de los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo, el nivel mínimo del factor de aporte solidario será el que se define a continuación:

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

Los anteriores correspondían a los límites reglamentarios mínimos, que podían ser superiores de acuerdo con las necesidades que tuviesen los municipios para la financiación

de los subsidios sin que excedieran, en ningún caso, el valor de los consumos básicos o de subsistencia, pero no menores y siempre garantizando el equilibrio financiero entre los subsidios y contribuciones.

Dicho artículo, sin embargo, fue anulado por Sentencia del Consejo de Estado, que señaló que el Gobierno nacional no tenía facultad para reglamentar valores mínimos de aporte solidario.

Respecto de la anterior sentencia, en primera medida hay que señalar que, de conformidad con el Artículo 38 de la Ley 142 de 1994, el fallo sólo produce efectos a futuro, es decir, que se consolidan los actos y todas las situaciones anteriores a la fecha de ejecutoria de la Sentencia.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el Artículo 2 de la Ley 632 de 2000 autoriza a los Concejos municipales y distritales a llevar los niveles de contribución al porcentaje necesario para mantener el equilibrio, las contribuciones que se hayan fijado mediante Acuerdo municipal se siguen cobrando en los porcentajes establecidos en tales acuerdos, dado que es una norma legal la que prevé esta obligación.

Finalmente, en aquellos casos en que se este cobrando la contribución sin que exista Acuerdo Municipal, tal cobro no se puede seguir haciendo, ya que su fundamento era un aparte del parágrafo 1 del Artículo 5 del Decreto 057 de 2006, que fue declarado nulo.

Ahora bien, respecto del cobro de los aportes solidarios a los estratos 5 y 6 (contribución), la empresa debe tener en cuenta lo previsto en el artículo 2.5.1.2 de la Resolución No 151 de 2001 expedida por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico.

La destinación de los superávits de los Fondos para el sector de acueducto, alcantarillado y aseo, tienen un orden de prelación previsto en la norma, al cual debe darse aplicación en el momento de la distribución. Esto, teniendo en cuenta que cuando la norma dispone que “si después de atender estos requerimientos se continúa presentando superávits”, se refiere en primer término a empresas deficitarias en subsidios de igual naturaleza y servicio, y en segundo término, a que podrán destinarse subsidios a otros Fondos de Solidaridad de municipios, distritos o departamentos limítrofes respectivamente.

La otra fuente importante para la financiación de los subsidios se deriva de la aplicación del artículo 368 de la Constitución, ya analizado, y de su desarrollo a través del artículo 100 de la ley 142 de 1994 que dispone:

“ARTÍCULO 100. PRESUPUESTO Y FUENTES DE LOS SUBSIDIOS. En los presupuestos de la Nación y de las entidades territoriales, las apropiaciones para inversión en acueducto y saneamiento básico y los subsidios se clasificarán en el gasto público social, como inversión social, para que reciban la prioridad que ordena el artículo 366 de la Constitución Política. Podrán utilizarse como fuentes de los subsidios los ingresos corrientes y de capital, las

participaciones en los ingresos corrientes de la Nación, los recursos de los impuestos para tal efecto de que trata esta ley, y para los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo los recursos provenientes del 10% del impuesto predial unificado al que se refiere el artículo 7o. de la Ley 44 de 1990. En ningún caso se utilizarán recursos del crédito para atender subsidios. Las empresas de servicios públicos no podrán subsidiar otras empresas de servicios públicos.”

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que la destinación de los recursos de los Fondos de Solidaridad y Redistribución de Ingresos es específica, lo cual significa que únicamente pueden destinarse al fin para el cual fueron apropiados. Así, tanto el hecho de que sean recursos públicos, como el de que sean recursos con destinación específica, llevan a que se concluya que los subsidios no pierden su vigencia. Es decir, las Empresas de Servicios Públicos podrán solicitar, en los términos establecidos por las normas que regulan la materia, la entrega de recursos para cubrir los subsidios que no pudieron ser cubiertos con las contribuciones por ellos recaudadas, aún cuando dicha solicitud se haga sobre recursos de subsidios de años anteriores.

En dicho sistema, corresponde al concejo municipal o distrital, según sea el caso, otorgar subsidios y determinar el porcentaje de aporte solidario necesario para solventar el monto faltante para obtener el equilibrio entre subsidios y contribuciones. Y, por su parte, las empresas prestadoras de los servicios públicos son las encargadas de determinar el monto total de los recursos faltantes, a través de los cuales se podrá obtener el equilibrio entre los subsidios y las contribuciones y con base en dicha información presentar la solicitud de recursos al alcalde municipal o distrital, según sea el caso.

Ahora bien, de conformidad con el Decreto 57 de 2006 si no se ha logrado el equilibrio entre subsidios y contribuciones, podrán seguirse determinados procedimientos o su combinación, a fin de procurar el mencionado equilibrio.

Por otra parte, vale anotar que si los alcaldes y los concejales no toman las medidas que a cada uno correspondan para crear en el presupuesto municipal y ejecutar las apropiaciones para otorgar subsidios, siendo su obligación legal de dar prioridad a esas apropiaciones sobre otros gastos que no sean indispensables para el funcionamiento de éste, incurrirían en una infracción disciplinaria. Y, que en este tema deben tenerse en cuenta todos los desarrollos constitucionales, legales y reglamentarios que ha habido en relación con los servicios objeto de este concepto unificador y el Sistema General de Participaciones.

2.4.2.- Focalización de los subsidios

En atención a lo dispuesto en el artículo 368 de la Constitución, los subsidios se dirigen hacia las personas de menores recursos, para el pago de la tarifa, sólo en relación con su consumo básico. Todo lo cual está en línea con las obligaciones internacionales del Estado colombiano.

De acuerdo con el artículo 102 de la ley 142 de 1994, la determinación de las personas de menores ingresos, se hace con base en la “estratificación del inmueble” en el que se encuentre una persona.

La “estratificación” es un instrumento diseñado para la clasificación de inmuebles residenciales de un municipio, en función de las características externas de las viviendas, el entorno inmediato y elementos urbanísticos relevantes, útiles para deducir la calidad de vida de sus moradores. Se trata de un método que permite distinguir grupos de usuarios y establecer quiénes pueden, además de asumir los costos de los servicios, participar en la financiación de los subsidios que necesitan las personas de menores ingresos a través de las denominadas “contribuciones” o “aportes de solidaridad”.

Al respecto, en la sentencia C-086 de 1998, la Corte Constitucional señaló:

“A través de la estratificación, se clasifica a la población según sus condiciones socio-económicas, a efectos de permitir que la redistribución del ingreso y el principio de solidaridad que deben imperar en el régimen de tarifas para los servicios públicos domiciliarios se cumplan efectivamente (artículo 367 de la Constitución). La ley de servicios públicos, en este caso, hace uso de este mecanismo para determinar qué sectores de la población deben, además de pagar los costos propios de los servicios públicos de que son usuarios, asumir un pago extra, a fin de colaborar con ese otro sector de la población que no tiene los recursos suficientes para cubrir los costos reales de estos servicios.

La Corte, en sentencia C-257 de 1997, declaró exequible este mecanismo como instrumento legal de clasificación de los usuarios de servicios públicos.”

En cuanto tiene que ver con la adopción de la estratificación, el artículo 5 de la ley 142 de 1994 prevé que es deber de cada municipio clasificar en estratos los inmuebles residenciales que deben recibir los servicios públicos y que es deber indelegable del alcalde realizar la estratificación respectiva, conforme a las metodologías que elabore el Departamento Nacional de Planeación, teniendo en cuenta los procedimientos previstos en el artículo 101 y siguientes de la Ley 142 de 1994 y la Ley 732 de 2002.

Adicionalmente, es obligación de los alcaldes reportar la estratificación a la SSPD. Este reporte de la estratificación municipal y distrital se hace a través del Sistema Único de Información, SUI. Según la Ley 689 de 2001, el SUI, administrado por la SSPD, tiene como propósitos, entre otros, el de servir de base a la misma para el cumplimiento de sus funciones de vigilancia y control.

Así, es deber de los prestadores dar cumplimiento al acto administrativo por medio del cual el municipio adopta la estratificación. Ahora bien, si la empresa considera que la estratificación no se ajustó a los parámetros legales, deberá solicitar su revisión, pero no puede dejar de aplicarla mientras el acto esté vigente.

El sistema funciona de modo que los inmuebles queden clasificados en residenciales, rurales, comerciales e industriales. A su vez, los residenciales, quedan clasificados en estratos que va de 1 a 6, de modo que el estrato 6 sea el de mejores condiciones y, de allí, se siga un orden descendente.

De acuerdo con el artículo 89 de la ley 142, de acuerdo con el artículo 368 de la Constitución, sólo podrán recibir subsidios las personas ubicadas en inmuebles de estratos 1, 2 y 3. Las personas ubicadas en inmuebles estrato 4 no reciben subsidios, ni dan contribuciones con base en el artículo 73, numeral 11 de la misma ley. Y las personas ubicadas en los inmuebles de estrato 5, 6, y en inmuebles comerciales e industriales, no recibirán subsidios, pero sí tendrán que hacer “contribuciones”.

Y en el artículo 99 de la misma ley, de acuerdo con el artículo 368 de la Constitución, se establece que los subsidios no excederán, en ningún caso, del valor de los consumos básicos o de subsistencia. Igualmente, de acuerdo con el inciso 2 del numeral 99.9 “no habrá exoneración de pago para ninguna persona natural o jurídica”. Al respecto, en la sentencia C-389 de 2002, de la CCC señaló que no puede haber descuentos en cuanto al capital, sino sólo sobre los intereses.

Finalmente, la ley 142 de 1994 únicamente se ocupó de la estratificación de los usuarios residenciales sin entrar a definir nada respecto de los usos de los distintos servicios, tales como el comercial e industrial y ha sido por vía reglamentaria o regulatoria como se han hecho algunas precisiones sobre la materia, así como también a través de los contratos de condiciones uniformes de cada empresa.

En efecto, el Decreto 229 de 2002, por el cual se modifica el Decreto 302 de 2000 que reglamentó la Ley 142 de 1994 en relación con la prestación de los servicios de acueducto y alcantarillado, adoptó las siguientes definiciones

“Artículo 1°. El artículo 3° del Decreto 302 de 2000, quedará así:

Artículo 3°. Glosario: Para la aplicación del presente Decreto se definen los siguientes conceptos:

(...)

3.35. Servicio comercial: Es el servicio que se presta a predios o inmuebles destinados a actividades comerciales, en los términos del Código de Comercio.

3.36. Servicio residencial: Es el servicio que se presta para el cubrimiento de las necesidades relacionadas con la vivienda de las personas.

(...)

3.37. Servicio especial: Es el que se presta a entidades sin ánimo de lucro, previa solicitud a la empresa y que requiere la expedición de una resolución interna por parte de la entidad prestadora, autorizando dicho servicio.

3.38. Servicio industrial: Es el servicio que se presta a predios o inmuebles en los cuales se desarrollen actividades industriales que corresponden a procesos de transformación o de otro orden.”

De acuerdo con estas definiciones, todo uso diferente del cubrimiento de necesidades relacionadas con la vivienda de las personas (artículo 3º, numeral 3.35) tendrá el tratamiento de comercial o industrial, a menos que se trate usuarios especiales u oficiales.

Para efectos de determinar si una actividad es comercial o no, el numeral 3.35 remite al Código de Comercio, para lo cual habrá que analizarse en cada caso particular los artículos 10, 20, 21, 22, 23, 100 y 1192 de dicho Código.

En principio parece que la definición de actividad comercial no resulta tan compleja para efectos de la clasificación del servicio y el cobro de la tarifa; pero no sucede lo mismo con el servicio industrial cuya definición es demasiado amplia y ambigua al señalar el numeral 3.38 que es todo proceso de transformación o de otro orden.

De otra parte, dado que ni la Ley ni la regulación vigente hacen referencia a que se entiende por pequeño establecimiento comercial o industrial conexo a una vivienda debemos remitirnos al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española que establece que la conexidad se predica de “los derechos y cosas anejas a otra principal”. Igualmente, conforme a la Real Academia el término “conexo” se aplica a la cosa que está enlazada o relacionada con otra.

En este sentido, y teniendo en cuenta lo señalado por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico mediante concepto CRA-OJ 4371 del 10 de octubre de 2001 “(...) se tiene que el establecimiento debe estar dentro de un solo inmueble unido a una vivienda que se entiende como principal y solamente puede tener una acometida no superior a ½ pulgada.

La medida de “pequeño” se hace dentro del criterio de la conexidad, es decir que lo principal dentro del inmueble sea la vivienda (...).”

En este orden de ideas, el tratamiento de residencial se aplica a pequeños establecimientos comerciales e industriales unidos a viviendas con acometidas de conexión de acueducto no superior a media (1/2”) pulgada.

Por supuesto, esto no aplica para los locales ubicados en centros comerciales, edificios de oficinas, etc. en los que se desarrollan actividades comerciales, industriales o de servicios (propias del usuario no residencial). El cobro del servicio a estos usuarios se encuentra regulado por la resolución CRA 233 de 2002, modificada por resolución CRA 336 de 2002.

“Sin embargo, la regulación hizo mayor precisión para efectos de la facturación a pequeños establecimientos comerciales e industriales conexos a las viviendas. En efecto, el artículo 2.4.2.1 de la Resolución 151 de 2001 expedida por la Comisión de Regulación de Agua Potable dispone que se le dará tratamiento de usuarios residenciales a los pequeños establecimientos conexos a viviendas con una acometida de acueducto no superior a media pulgada ($\frac{1}{2}$ ”).

Sin embargo, las normas citadas no establecen la forma como se debe cobrar el servicio a inmuebles de uso residencial en los cuales se desarrollan actividades comerciales. En estos casos, corresponderá a la empresa efectuar la visita y determinar si en criterio de la entidad prestadora hay lugar a ordenar la “independización” de las acometidas. Pues en principio, no toda actividad que se desarrolle en el inmueble, distinta de la residencial, daría lugar a independizar las acometidas.

3.- Medición

3.1.- Normatividad general

La Ley 142 de 1994 señala que la empresa y el usuario tienen derecho a que los consumos reales se midan mediante instrumentos tecnológicos apropiados, y que el consumo sea el elemento principal del precio que se cobre al usuario.

Por otra parte, según lo prevé la misma ley, cuando sin acción u omisión de las partes, durante un período no sea posible medir razonablemente con instrumentos los consumos, su valor podrá establecerse, según lo dispongan los contratos uniformes, aplicando cualquiera de las siguientes alternativas:

Con base en consumos promedios de otros períodos del mismo suscriptor o usuario; o, con base en los consumos promedios de suscriptores; o con base en aforos individuales.

Ahora, ante la falta de medición del consumo, por acción u omisión de la empresa, le hará perder el derecho a recibir el precio, entendiéndose que es omisión de la empresa la no

colocación de medidores en un periodo superior a seis meses después de la conexión del suscriptor o usuario.

Los contratos de condiciones uniformes podrán exigir que los usuarios adquieran, instalen, mantengan y reparen sus medidores. A su turno, la ley dispone que tanto la empresa como el usuario tienen derecho a que los consumos se midan y que para los servicios de saneamiento básico en los que por razones de tipo técnico o de seguridad social no sea exista medición individual, la Comisión definirá los parámetros adecuados para estimar el consumo. En esta medida, los urbanizadores y constructores de Unidades Inmobiliarias Cerradas deberán instalar medidores de consumo de los servicios públicos domiciliarios para cada inmueble.

Además, de ser técnicamente posible cada acometida deberá contar con su correspondiente medidor de acueducto, el cual será instalado en cumplimiento de los programas de micromedición establecidos por la entidad prestadora de los servicios públicos, de conformidad con la regulación expedida por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico.

Conforme a lo citado, los usuarios tienen derecho a que los consumos se midan de manera individual, salvo razones de tipo técnico, de seguridad o de interés social y de manera correlativa surge la obligación para los usuarios de independizar las acometidas.

Es necesario tener en cuenta que la Resolución CRA 319 de 2004, por la cual se regulan los servicios de acueducto y alcantarillado a multiusuarios donde no hay medición individual, aplica a todos los prestadores de servicios públicos domiciliarios de acueducto y/o alcantarillado, de cualquier naturaleza, que sirvan a multiusuarios donde no existe medición individual por razones de tipo técnico.

Para efectos de aplicar lo establecido en el artículo 2o de la Resolución, que establece cuando una edificación de apartamentos, oficinas o locales constituida por dos o más unidades independientes sea considerada como multiusuario, la persona jurídica que se origina de la propiedad horizontal o el propietario de la misma deberán presentar ante la persona prestadora las razones de tipo técnico por las cuales no existe medición individual y el número de unidades independientes residenciales, comerciales, industriales, oficiales y especiales que lo conforman.

Igualmente, es el del caso observar que la CRA señaló que se entendía por imposibilidad técnica de medición individual en el caso de multiusuarios de acueducto y alcantarillado

De modo que, si un usuario se niega a independizar sus acometidas, debe entenderse que existe una omisión que impide la medición individual, y en tal caso, se justifica la suspensión o terminación del contrato. Sin embargo, como la independización de las acometidas tienen unos costos para los usuarios, es necesario que se llegue a unos acuerdos y se establezcan unos plazos razonables para la adecuación a efectos de que vencidos los términos acordados se pueden imponer las sanciones a que haya lugar. Dichos acuerdos deben estar

establecidos en los contratos de condiciones uniformes. Todo, se reitera, llevándolo a cabo con total respeto de los derechos humanos y de la Constitución.

De otro lado, conforme a lo establecido en el artículo 145 de la Ley 142 de 1994, los prestadores de servicios públicos, por iniciativa propia, deberán hacer en cualquier tiempo revisiones rutinarias al medidor y a las acometidas, para verificar su estado, su funcionamiento y realizar las normalizaciones del caso que aseguren una adecuada medición del consumo. De allí que si las revisiones que efectúan las empresas corresponden a la ejecución de planes de mantenimiento y/o control de pérdidas, el costo de la revisión se encuentra remunerado vía tarifa y por lo tanto no podría efectuarse un cobro adicional al usuario por dicho concepto.

Ahora bien, cuando no existe medición en las áreas comunes de los edificios que conforman por ejemplo, un conjunto residencial, la empresa prestadora del servicio tomará como base para el cobro la diferencia del consumo registrado entre el medidor general y los medidores individuales y se la trasladará a los usuarios que habitan el conjunto.

Sobre el particular, es preciso señalar que el cobro del servicio de las áreas comunes puede hacerse en esa forma y se podría denominar prorrateada, teniendo presente que en el caso de edificios o unidades inmobiliarias cerradas podrá existir un medidor control inmediatamente aguas abajo de la acometida. Deben existir medidores individuales en cada una de las unidades habitacionales o no residenciales que conforman el edificio o las unidades inmobiliarias o áreas comunes.

Las áreas comunes de edificios o unidades inmobiliarias cerradas deben disponer de medición que permitan facturar los consumos correspondientes. De no ser técnicamente posible la medición individual del consumo de áreas comunes, se debe instalar un medidor general en la acometida y calcular el consumo de las áreas comunes con la diferencia entre el volumen registrado por el medidor general y la suma de los consumos registrados por los medidores individuales. Lo anterior está en consonancia con la Ley 675 de 2001 (Régimen de Propiedad Horizontal), en lo que hace referencia con medición y pago de los servicios públicos de áreas comunes.

Finalmente, es de anotar que, si una empresa cambia el medidor sin avisar al usuario, esta conducta puede constituir violación de la ley o del contrato, pero no da lugar a que la empresa pierda el derecho al cobro; los únicos en que la empresa pierde el derecho al cobro es cuando no instala medidores dentro de los seis meses siguientes a la conexión del usuario. Y, es oportuno anotar, en cuanto a la medición que, tanto la empresa como el suscriptor o usuario pueden ejercer control sobre el funcionamiento de los medidores, pero quien señala “la vida útil” del equipo de medida es el fabricante del mismo. Y, en el evento en que el prestador del servicio o usuario tengan dudas acerca del funcionamiento del equipo, tal hecho deberá ser probado a costa de quien requiere esa certificación mediante las pruebas de un laboratorio debidamente acreditado por la Superintendencia de Industria y Comercio.

3.2.- Facturación del servicio de acueducto y alcantarillado en municipios con menos de dos mil cuatrocientos usuarios, cuando no exista medición.

De conformidad con lo establecido en el artículo 2.4.3.8 de la Resolución CRA 151 de 2000 de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico se estimarán los costos totales y se distribuirán entre los usuarios, y no en el total de metros cúbicos consumidos.

Para estos efectos, si la persona prestadora requiere aproximar el “costo medio de inversión” con los valores de las tablas contenidas en la sección 2.4.2 de la mencionada resolución debe identificar el valor correspondiente al CMI con sus supuestos de consumo y multiplicarlo por el consumo medio por usuario supuesto para determinar el cargo por usuario.

En todo caso, de acuerdo con esta disposición los municipios deberán ajustarse a las metas de micro medición fijadas por la Comisión de Regulación.

4.- Cobros no autorizados y tratamiento tarifario ante fugas

4.1.- Cobros no autorizados

De acuerdo con el artículo 148 de la ley 142 de 1994, en la factura no se cobrarán servicios no prestados, tarifas ni conceptos diferentes de los previstos en las condiciones uniformes de los contratos, ni se podrá alterar la estructura tarifaria definida para cada servicio público domiciliario.

El cobro no autorizado que se deba a error en la aplicación de las tarifas da lugar a que la empresa haga la devolución de los dineros cobrados en exceso durante el período en el que ocurrió el cobro no autorizado. En este sentido, no habrá límite para hacer la devolución, es decir, dicho reintegro deberá hacerse desde la fecha en que la empresa prestadora aplicó mal la tarifa o durante el período en el que ocurrió el cobro no autorizado.

Actualmente, de acuerdo con la resolución CRA 294 de 2004, de presentarse alguno de estos “cobros no autorizados”, el suscriptor o usuario podrá solicitar al prestador recalcular el valor cobrado, con el propósito de corregir el valor de la factura del servicio o ajustar la tarifa a la normatividad y regulación vigentes según sea el caso.

Un buen ejemplo, es el caso en que, efectivamente, no se lleve a cabo una recolección de residuos puerta a puerta, pues en dicho caso, deberá hacerse un descuento. Claro está, no sobre recordar que, actualmente, no está regulada la distancia máxima que debe haber entre la vivienda y la avenida principal donde pasa el recolector. Otro ejemplo, es el caso en el que no se haya prestado efectivamente el servicio de barrido en las condiciones contractuales.

4.2.- Tratamiento tarifario ante fugas y el caso de inmuebles desocupados

El cálculo de las tarifas de la prestación del servicio puede variar en determinadas circunstancias, como las siguientes:

El cálculo tarifario se aparta de los estándares normales frente a desviaciones significativas. Al respecto, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios ha precisado:

Fugas Imperceptibles: Cuando el prestador detecte fugas imperceptibles, debe otorgarle al usuario dos (2) meses de plazo para que este solucione la situación. Durante este período, la empresa cobrará el consumo promedio de los últimos seis (6) meses. Transcurrido dicho plazo, si el usuario no ha solventado esta situación, el prestador cobrará el consumo medido a partir de ese momento. Se considerará violación al debido proceso, si no otorga el plazo antes señalado o cuando no facture por promedio durante el término señalado. Las fugas imperceptibles no son de responsabilidad del usuario y por lo tanto la desviación significativa se resuelve a favor de éste, de tal suerte que el prestador no podrá cobrar los consumos medidos, sino los promedios durante el tiempo transcurrido entre el momento en que se presentó la desviación y el momento en que culmine la investigación.

Fugas Perceptibles: Cuando el prestador detecte fugas perceptibles, deberá comprobar que éstas son las que originaron el alto consumo, es decir, que deberá realizar todas las pruebas necesarias que permitan sustentar tal conclusión, lo cual hará constar en acta. Probado que la desviación significativa es atribuible al usuario, el prestador podrá facturar, en la factura siguiente a la culminación de la investigación previa, los consumos medidos entre el momento en que se presentó la desviación y el momento en que culmine la investigación. En la factura se cobrará las diferencias que resultaron entre el promedio que se venía cobrando y lo efectivamente medido. Si el usuario reclama la decisión de la empresa, el cobro no se hará efectivo hasta tanto no se haya resuelto la reclamación y la vía gubernativa, si fuere del caso.

En los casos en que no se detectan fugas perceptibles ni imperceptibles, la empresa revisará el equipo de medida, y seguirá con el procedimiento establecido en el capítulo de retiro y cambio de medidores, teniendo en cuenta las garantías del debido proceso correspondientes.

Si el prestador incurre en violación al debido proceso en caso de cobrar el consumo a pesar de haberse identificado una desviación significativa y no haber efectuado la investigación previa, ello dará lugar a que pierda lo cobrado por encima del promedio del usuario. Cuando el prestador detecte la existencia de una desviación significativa, tiene la obligación de programar una visita para practicar y analizar todas las pruebas necesarias con el fin de determinar las causas que originaron la desviación significativa detectada.

5.- Suspensión y corte del servicio por falta de pago

En primer lugar, es necesario precisar que la suspensión y el corte son distintos. El acto de suspensión del servicio por incumplimiento, tiene su fundamento legal en la Ley 142 de 1994. Esta ley dispone que además de las causales de suspensión que la empresa señale en el contrato de servicios públicos, también procede la suspensión del servicio por la falta de pago dentro del término que fije la empresa que presta el servicio, sin exceder en todo caso de dos (2) periodos de facturación en el evento que la facturación sea bimestral y de tres periodos cuando la facturación sea mensual.

Como se ha visto, hasta ahora, la suspensión del servicio por falta de pago es una “obligación” de las empresas y no una “facultad”. Sobre el tema, en la sentencia T-490 de 6 de junio de 2003, la Corte Constitucional señaló lo siguiente:

“(…) Significa ello que cuando no se cancela oportunamente la prestación de un servicio público domiciliario, las empresas prestadoras tienen la obligación de suspender, máximo al vencimiento del tercer periodo de facturación, el suministro del servicio por ellas ofrecido. Y como ha sido explicado por la Corte, esa exigencia no sólo constituye una garantía para la empresa, quien ejerce un mecanismo legítimo de coacción que de alguna manera le permite asegurar el pago de un crédito, sino que constituye también una garantía para los propietarios de los inmuebles, en el evento en que sus arrendatarios incurran en mora en el pago de sus obligaciones, pues con ello se evita que la deuda incremente en el tiempo sin ninguna consecuencia”.

En esta medida, las empresas están en la obligación de suspender el servicio a los usuarios que no paguen el valor de la factura dentro del plazo que se señale en el contrato, salvo cuando la suspensión pueda llegar a afectar derechos fundamentales. Para el análisis de esta situación es preciso revisar el contenido de la Observación General No. 15

sobre “derecho al agua” del Comité de la ONU, vinculante vía “bloque de constitucionalidad”, como ya se explicó al inicio de este concepto, y todo lo sostenido por la Corte Constitucional en relación con el “derecho al agua” como “derecho fundamental”, en las sentencias T-381 de 2009, T-888 de 2008, T-270 de 2007, T-1134 de 2004, T-410 de 2003, T-730 de 2002, T-767 de 2001, T-413 de 1995, T-379 de 1995, T-379 de 1995, T-092 de 1995, T-523 de 1994, T-244 de 1994, T-539 de 1993, T-578 de 1992 y T-570 de 1992.

Ahora bien, en cuanto al cobro, es importante señalar que, en estos casos sólo procede el cobro del cargo fijo, ya que el hecho que esté suspendido el servicio, no quiere decir que no se tenga la disponibilidad del mismo, pues ésta se dará una vez el usuario haya pagado la deuda debida, incluyendo los intereses de mora y el costo en que incurra la empresa para restablecer el servicio.

Con relación al corte definitivo del servicio la SSPD señaló que la Ley 142 de 1994 prevé unas causales taxativas, las cuales permiten a las empresas prestadoras de servicios públicos, resolver el contrato de condiciones uniformes y proceder al corte definitivo del servicio. Las causales para dar por terminado el contrato y proceder al corte del servicio, son:

- El incumplimiento del contrato por un periodo de varios meses,
- El incumplimiento del contrato en forma repetida; y
- El incumplimiento del contrato en materias que afecten gravemente a la empresa o a terceros.

Para que una empresa de por terminado el contrato y proceda al corte definitivo del servicio, el procedimiento debe estar precedido del respeto a unas garantías mínimas del debido proceso, como bien lo expuso la Corte Constitucional al examinar la constitucionalidad del artículo 141 de la Ley 142 de 1994.

Con todo, tratándose de la prestación de servicios públicos domiciliarios donde están involucrados derechos fundamentales, la terminación del contrato no puede adoptarse por la empresa de manera automática, es decir, una vez se den las circunstancias objetivas que regula la norma bajo análisis, sino que por el contrario, debe estar precedida de un debido proceso en el que se le informe al suscriptor o usuario sobre la eventual adopción de estas medidas a fin de ser oído y permitírsele la presentación de las pruebas y alegaciones necesarias para su defensa antes de que se adopte la decisión correspondiente.

Debido proceso en el que podrán operar las presunciones que están orientadas a facilitar el debate probatorio y por ello no violan el derecho de defensa de los usuarios o suscriptores, pues tratándose de presunciones de carácter legal, son “desvirtuables”, esto es, admiten

prueba en contrario, con lo cual se le brinda la oportunidad a éstos de demostrar que el hecho que se deduce de tal presunción no corresponde a la realidad.

En todo caso, en este punto debe recordarse que, de acuerdo con las normas internacionales, vinculantes en Colombia vía bloque de constitucionalidad “bajo ninguna circunstancia puede privarse a una persona del mínimo indispensable de agua”. De lo cual se deriva que es posible “suspender” y “cortar” el servicio de los usos comerciales e industriales, pero no del referido al mínimo indispensable –y nada más- de las personas naturales, lo que, por supuesto, no debe confundirse con gratuidad.

Finalmente, procede indicar que durante el término de corte del servicio, la empresa no podrá cobrar ningún costo como cargo fijo, consumo, ni ningún otro, pues no hay contrato; sólo podrá realizar todas las actuaciones necesarias para recuperar con intereses los períodos que se le deban y demás cobros que de acuerdo al contrato de condiciones uniformes, ya terminado, deba pagar el usuario quien fue objeto de la medida de corte.

Además, como esta medida implica el taponamiento de la red, y el levantamiento del medidor y de la acometida, esto equivale a la terminación del contrato, razón por la cual, a partir de dicho momento, no procederá el cobro del cargo fijo.

5.- ¿Quién vigila que las normas tarifarias sean cumplidas por los prestadores?

De conformidad con el artículo 370 de la Constitución, el Presidente de la República ejerce por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios el control, la inspección y vigilancia de los prestadores de los servicios públicos domiciliarios. La Ley 142 de 1994, en su artículo 79, delimitó el ámbito de competencia de la Superintendencia, el cual, en las diferentes materias se contrae a lo dispuesto en la norma Superior.

Esto significa que en asuntos tarifarios las facultades de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios se restringen a vigilar que los prestadores sometidos al régimen de libertad regulada cumplan con las metodologías señaladas por las Comisiones de Regulación para la fijación de sus tarifas, o los criterios que deban seguir quienes deben sujetarse a los regímenes de libertad vigilada o libertad señalados en el artículo 88 de la ley 142 de 1994, con el fin de evitar prácticas discriminatorias, restrictivas o abusivas.