



**Aplicación del modelo de agencias independientes para regulación
del servicio de público distribución de agua potable en España:
recomendaciones desde la experiencia colombiana**

Sergio Andrés Correcha Ángel

ADVERTIMENT. L'accés als continguts d'aquesta tesi queda condicionat a l'acceptació de les condicions d'ús establertes per la següent llicència Creative Commons:  <https://creativecommons.org/licenses/?lang=ca>

ADVERTENCIA. El acceso a los contenidos de esta tesis queda condicionado a la aceptación de las condiciones de uso establecidas por la siguiente licencia Creative Commons:  <https://creativecommons.org/licenses/?lang=es>

WARNING. The access to the contents of this doctoral thesis it is limited to the acceptance of the use conditions set by the following Creative Commons license:  <https://creativecommons.org/licenses/?lang=en>

Tesis Doctoral

*Aplicación del modelo de agencias independientes para regulación del servicio de
público distribución de agua potable en España: recomendaciones desde la
experiencia colombiana*

Universidad Autónoma de Barcelona

Doctorado en Derecho

Directora de tesis:

Doctora Marta Franch Saguer

Autor:

:

Sergio Andrés Correcha Ángel

Barcelona – España

Año 2023

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	4
CAPÍTULO 1. TEORÍA DE LA REGULACIÓN DESDE LA PERSPECTIVA ECONÓMICA.	7
1.1 VISIÓN CLÁSICA DE LA TEORÍA DE LA REGULACIÓN DESDE LA PERSPECTIVA ECONÓMICA.....	7
1.2 Visión neoclásica de la teoría Regulación desde la perspectiva Económica.....	16
1.3 Visión moderna de la teoría de la Regulación desde la perspectiva económica.....	25
CAPÍTULO 2. FUNCIÓN REGULADORA DEL ESTADO.....	33
2.1. FUNDAMENTOS DE LA REGULACIÓN ESTATAL BASADOS EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO.....	37
2.2. IMPORTANCIA DE LA DIVISIÓN DE PODERES PARA LA REGLACIÓN.....	46
CAPÍTULO 3. JUSTIFICACIÓN DE LA INTERVENCIÓN ESTATAL EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS.....	56
3.1. JUSTIFICACIÓN BASADA EN LOS FALLOS DEL MERCADO.....	58
3.1.1. Las externalidades.....	58
3.1.2. Los bienes públicos.....	68
3.1.3. La asimetría de información.....	74
3.1.4. Las barreras de entrada.....	82
3.1.5. El monopolio natural como falla del mercado en el servicio de agua potable.....	86
CAPÍTULO 4. REGULACIÓN DE MONOPOLIOS NATURALES.	92
4.1. REGULACIÓN DE MONOPOLIOS NATURALES CON INFORMACIÓN COMPLETA.	94
4.1.1. FIJACIÓN DE PRECIOS DE PRIMERO OPTIMO VERSUS SEGUNDO ÓPTIMO.	95
4.1.2. TARIFAS RAMSEY.....	97
4.1.3. PRECIOS LIBRES DE SUBSIDIOS.....	98
4.1.4. PRECIOS SOSTENIBLES.....	99
4.1.5. FIJACIÓN DE PRECIOS NO LINEALES.	100
4.1.6. TARIFAS MULTIPARTES.....	104
4.1.7. TARIFAS POR BLOQUES.	105
4.1.8. MODELO PEAK LOAD PRICING.	105
4.2. REGULACIÓN DE MONOPOLIOS NATURALES CON INFORMACIÓN INCOMPLETA.....	107
4.2.1. MECANISMOS REGULATORIOS NO BAYESIANOS.....	109
4.2.2. MECANISMOS REGULATORIOS BAYESIANOS.....	111
4.3. ESQUEMAS REGULATORIOS.....	115
4.3.1. REGULACIÓN POR TASA DE RETORNO.....	115
4.3.2. REGULACIÓN POR PRECIOS TOPE.....	117

4.3.3. REGULACIÓN POR COMPARACIÓN.	119
4.3.4. REGULACIÓN CON EMPRESA MODELO EFICIENTE.....	121
CAPÍTULO 5. ANÁLISIS CONSTITUCIONAL Y JURISPRUDENCIAL DE LA REGULACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN COLOMBIA.....	123
5.1. ANÁLISIS DE LA INTERVENCIÓN ESTATAL EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS DESDE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA.	139
5.2. ANÁLISIS DE LEGALIDAD DE ACTOS ADMINISTRATIVOS EXPEDIDOS POR LAS COMISIONES DE REGULACIÓN, DESDE LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO DE COLOMBIA.	159
CAPÍTULO 6. REGULACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE AGUA POTABLE EN COLOMBIA.	184
6.1. CONTROL SOCIAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS.	188
6.2. FUNCIONES DE LOS MINISTERIOS EN MATERIA DE SERVICIOS PÚBLICOS.....	189
6.3. LAS COMISIONES DE REGULACIÓN EN COLOMBIA.	190
6.4. FUNCIONES DE LAS COMISIONES DE REGULACIÓN EN MATERIA DE SERVICIOS PÚBLICOS.....	193
6.5. METODOLOGÍA TARIFARIA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BÁSICO.....	200
6.6. RETOS DE LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BÁSICO EN COLOMBIA.....	205
6.7. FUNCIONES DE LA SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS.	211
6.8 MEJORAS REGULATORIAS EN MATERIA DE SERVICIO PÚBLICO DE AGUA POTABLE EN COLOMBIA.....	215
CAPÍTULO 7. REGULACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE AGUA POTABLE EN ESPAÑA.	229
7.1. NORMATIVA SOBRE AGUAS EN ESPAÑA.....	231
7.2. NORMAS QUE DESARROLLAN LA REGULACIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO HIDRÁULICO.	241
7.3. NORMAS QUE REGULAN LA CALIDAD DE LAS AGUAS.....	245
7.4. COMPETENCIAS LOCALES EN ESPAÑA, RESPECTO A LA REGULACIÓN DEL SERVICIO DE AGUA POTABLE.	252
7.5. REGULACIÓN DEL PRECIO DEL AGUA POTABLE EN ESPAÑA.	258
7.6. REMUNICIPILIZACIÓN DEL SERVICIO DE ABASTECIMIENTO DE AGUA.....	277
CAPÍTULO 8. CONCLUSIONES.	283
BIBLIOGRAFÍA.....	296

INTRODUCCIÓN.

La presente investigación, tiene como objetivo realizar un análisis de los procesos de regulación del servicio de distribución de agua potable al interior de Colombia y España, principalmente en materia de regulación de tarifas a cobrar a los usuarios.

Para esto, el estudio partirá desde el estudio de la teoría de la regulación del Estado, desde una perspectiva económica, para lo cual se demuestra la evolución que ha tenido el papel del Estado al momento de llevar las riendas de la economía de los países, en pro de generar el máximo bienestar para la población en general, y de esta forma poder llegar a generar unas recomendaciones al modelo de regulación del servicio de distribución de agua potable en España, a través de la experiencia de Colombia en la aplicación de comisiones de regulación o agencias independientes.

Para lograr el objetivo anteriormente propuesto, este documento se dividirá en una serie de capítulos, que nos lleva a conocer de una forma adecuada, las razones y la necesidad que existe para que el servicio público de distribución de agua deba ser regulado desde una perspectiva técnica, y la forma de hacerlo por medio de agencias independientes, teniendo en cuenta los beneficios que estas traen.

En principio se abordará, el tema del liberalismo económico y regulación del Estado desde esta perspectiva económica, tomando como referencia los principales postulados de académicos relevantes en el tema: Adam Smith, David Ricardo, Carl Menger, Ludwig Von Mises, y Friedrich Von Hayek, esto, con el fin de resaltar los orígenes y postulados más importantes de esta doctrina económica, frente al papel

del Estado en la intervención que realiza por medio de la regulación de la economía, lo que nos llevará a demostrar el papel del Estado, y hasta donde debería este intervenir en materia de regulación, especialmente en materia de servicios públicos, teniendo en cuenta las características de monopolio natural que estos servicios tienen.

Posteriormente, se entrará al análisis específico, de lo que se conoce como el modelo del “Estado Regulador”, señalando la justificación de su existencia y fundamento de este, debido a la necesidad de constituir sistemas estatales fuertes, con normas claras y duraderas, que definan competencias específicas en desarrollo de las funciones de regulación del Estado. En el mismo sentido, se indicará la importancia del concepto de Estado Social de Derecho, y del principio de descentralización administrativa, para entender el fundamento del régimen actual de regulación de los servicios públicos, tanto en Colombia como en España, donde si bien la regulación propia del sector se da desde la cabeza del estado, algunas funciones son dadas a los entes locales, quienes en muchos de los casos terminan en desarrollo de la municipalización, prestando y regulando directamente los servicios públicos domiciliarios.

Una vez comprendido lo anterior, se debe tener en cuenta que, así como crece el Estado regulador, así mismo crecen las fallas del regulador, por lo que se hace obligatorio, que, en este estudio, se analicen las razones por las cuales se justifica la intervención del Estado en la economía, y más específicamente en los servicios públicos domiciliarios como el de suministro de agua potable. En este sentido, se hace indispensable que se haga un análisis de los denominados fallos del mercado,

que esencialmente se convierten en lo que el regulador debe prevenir, para generar desarrollo y bienestar, haciendo que el sector que se interviene sea cada vez más competitivo, o que para el caso de los servicios públicos donde se presentan monopolios naturales, se regulen en pro de asegurar el máximo bienestar social, asegurando eficiencia financiera en el corto, mediano y largo plazo.

Del desarrollo del esquema antes mencionado, buscaremos establecer la naturaleza de la prestación de servicios públicos como el de suministro de agua potable, que, por sus características, se constituye como un monopolio natural, lo que implica casi que de manera forzosa la intervención del estado en protección de los consumidores, pues no existen los prestadores suficientes para generar competencia, que genere a su vez la oferta del servicio en condiciones competitivas de mercado.

Una vez conocidas las fallas del mercado, y los problemas naturales de regulación que enfrenta el sector de los servicios públicos como es el de distribución y cobertura del agua potable, entraremos a analizar el modelo de agencias independientes o reguladoras, con sus características, como una solución generada en muchos países para afrontar la tarea de regulación lo más independiente y técnicamente posible, debido a la naturaleza técnica que reviste la creación de este tipo de órganos.

Posteriormente, se hará un análisis general de los sistemas de regulación de tarifas de distribución de agua tanto en España como en Colombia, indicando el estado actual de cada una de estas específicamente respecto a la forma como regulan las tarifas a cobrar por el suministro de agua. Conocidas las estructuras en los dos

casos, podremos conocer los problemas que enfrentan cada uno de los sistemas en dichos países, y la forma de enfrentarlos, ya que el colombiano se basa en el modelo de comisiones de regulación, y España se basa en un modelo donde cada ayuntamiento es el encargado de generar la formula tarifaria del servicio que se va a cobrar.

Por último, conociendo estos problemas, abordaremos para el caso de España, unas recomendaciones, desde la perspectiva de la experiencia colombiana, donde se espera poder sugerir de manera negativa o positiva, la adopción o no, de una agencia independiente que se encargue de regular el servicio de suministro de agua potable, respecto a la metodología que se debe aplicar para generar la tarifa a cobrar a los consumidores, generando unificación de criterios a nivel nacional.

CAPÍTULO 1. TEORÍA DE LA REGULACIÓN DESDE LA PERSPECTIVA ECONÓMICA.

1.1 VISIÓN CLÁSICA DE LA TEORÍA DE LA REGULACIÓN DESDE LA PERSPECTIVA ECONÓMICA.

Para entender la visión actual de la regulación administrativa desde diferentes ámbitos, es necesario que se entienda como evoluciono esta junto con la visión económica, pues conforme se presentaba una evolución en los aspectos económicos así mismo se iba transformando la regulación al interior de los Estados.

Ahora bien, es importante tener en cuenta, que varios aspectos de la regulación estatal, se pueden observar desde hace mucho tiempo, pues los servicios que debe prestar la administración van creciendo conforme las necesidades humanas lo hacen, por lo que se requiere que cada vez las habilidades de la administración estuvieran conformadas por mayor conocimiento y mejora constante de la forma en cómo se administra el estado, lo que sigue repercutiendo hasta el día de hoy, donde esperamos que la regulación sea realizada con conocimiento y criterios técnicos.

Para aterrizar este trabajo, tomaremos como base la visión de la regulación de quien es considerado el padre de la economía moderna *Adam Smith*¹, quien con su aporte a través de su visión económica, creó parámetros que hasta hoy deben ser tenidos en cuenta para realizar una debida regulación por parte del Estado, pues en su libro *La riqueza de las Naciones*² señala varios aspectos que pueden resaltarse como

¹ **Adam Smith** (Kirkcaldy 16 de junio de 1723 - Edimburgo 17 de julio de 1790) fue un economista y filósofo británico, considerado uno de los mayores exponentes de la economía clásica.

Es conocido principalmente por su obra *La riqueza de las naciones* (1776), que es esencialmente un estudio acerca del proceso de creación y acumulación de la riqueza, temas ya abordados por los mercantilistas y fisiócratas, pero sin el carácter científico de la obra de Smith. Debido a dicho trabajo, que fue el primer estudio completo y sistemático sobre el tema, a Smith se le conoce como el padre de la economía moderna.

² La Riqueza de las Naciones, Una investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones (título original en inglés: *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*), o sencillamente *La riqueza de las naciones*, es la

inicios de la regulación, y dentro de las conclusiones que se puede sacar de la obra de Smith en lo que tiene que ver directamente con la regulación, se resaltan los siguientes puntos:

En primer lugar, señala que la regulación debe tener en cuenta varios aspectos al momento de implementarse, para que sea tomada de forma seria, como la sociedad, la demografía, la geografía o la productividad de la tierra; pues son estos aspectos terminan por determinar valores tales como la tasa de renta, elementos que hoy en día siguen siendo totalmente relevantes al momento de regular, pues se debe tener totalmente claro a quién va dirigida la regulación, y la necesidad de esta o no en determinado territorio. Para el caso, de los servicios públicos, resulta supremamente importante, que el Estado identifique las necesidades reales de la población, para poder direccionar los esfuerzos estatales en pro de la mejora del servicio, o como en el caso colombiano, para poder determinar en qué sectores de la población es más importante disminuir las brechas de prestación del servicio.

En segundo lugar, *Smith* a través de su obra indica que la regulación debe ser guiada a todo aquello que no sea posible determinar entre particulares, por lo que debe alejarse lo máximo posible o totalmente, de los negocios entre estos. Aspecto que es de suma importancia para la visión actual de la regulación, pues esto debe ser tenido en cuenta para no caer en problemas como el de la sobre regulación, o el de un detallismo excesivo al interior de las normas, que hace que estas no sean

obra más célebre de Adam Smith. Publicado en el 9 de marzo de 1776, es considerado el primer libro moderno de economía.

claras, causando graves problemas de incumplimiento por parte del regulado o retrasos en el funcionamiento de la administración. En este sentido, se debe tener muy claro a quién va dirigida la regulación del servicio, si a los prestadores, o a los usuarios, y así determinar las necesidades a regular, es decir, si se evidencia que entre los prestadores del servicio no logra existir coherencia frente a la calidad con la que se debe prestar el servicio, es necesario que el Estado determine estos criterios de calidad, o si por su parte, para los usuarios no es clara la sumatoria de conceptos que cobran en la factura del servicio, se hace necesario que la regulación apunte a lograr esta claridad.

En tercer lugar, *Smith* indicaba que la regulación debe ser real, con esto refiere que la regulación que se expida debe tener concordancia con el estado actual de la economía, como por ejemplo conociendo las tasas reales del mercado, pues el conocimiento de estas variables, son las que permiten tomar políticas de regulación serias, pues si son tomadas con el mayor conocimiento posible sobre determinado tema, se cumplen principios como el de la necesidad, que espera que la regulación vaya en pro del interés general y no particular; la eficacia, que se dirige a que se cumplan los objetivos para la que fue creada; la eficiencia que busca evitar cargas innecesarias, utilizando mecanismos que disminuyan las distorsiones. En este caso, es indispensable que se cuente con información real y actualizada, por lo que el regulador, debe contar con mecanismos que obliguen a los prestadores del servicio a reportar los costos reales y totales de la prestación del servicio, para que bajo este criterio sea posible determinar adecuadamente los planes regulatorios a corto, mediano y largo plazo.

En cuarto lugar, en concordancia con el punto anterior, se espera que la regulación al ser producto de acciones estatales, sea tomada con rigor, y con un análisis a fondo de las particularidades que requiere cada una de las actividades, pues de no ser así, esto llevará a que se presenten variaciones y restricciones en los mercados, que repercutirán gravemente en el bienestar de la sociedad en general, lo que resulta de suma importancia en la teoría actual de regulación, pues se debe recordar, que por lo general en la regulación hay un sector que se beneficia y otro que se puede ver afectado, por lo que las decisiones que se tomen, se deben tomar basados en que no exista restricción de los mercados.

En quinto lugar, se indica que el Estado no debe intervenir regulatoriamente para que se fuerce un direccionamiento de capitales específico a alguno de los canales económicos, sino que se debe permitir el libre movimiento de estos conductos. Para explicarlo de una forma más clara, cuando el capital de la nación es tal, que sobrepasa el consumo doméstico, se desprende naturalmente que dichos excedentes tienen que buscar cabida en países extranjeros, es decir lo que a mí me sobra del consumo doméstico, lo debo exportar, y otros elementos que no produzco, pero a otros países les sobra los debo importar para el consumo interno, y todo este ejercicio cuando se da de forma natural, es el síntoma seguro de una gran riqueza nacional, según lo señalado por *Smith*.³ Ahora bien, aunque este aspecto es considerado de suma importancia, a mi parecer en la actualidad, es menester de

³ Smith Adam, (1776), “La Riqueza de las Naciones”, Editorial Street Librería, Traducido por Carlos Rodríguez Brawn, Año original 1776, Año traducción 2016.

los Estados, estudiar adecuadamente que direccionamiento le dan a la economía, pues cuando Smith, señalo este aspecto de que se deje funcionar al mercado libremente, se fundó en tiempos muy distintos a los que vivimos, donde se esperaba que la oferta y demanda se regularan libremente, pero el desarrollo económico nos ha enseñado que esto no es así, que en ocasiones es más lo que un país importa que lo que exporta, y forzosamente las decisiones del estado se toman para tratar de equilibrar un poco la balanza, y le es menester intervenir en alguno de los canales de la economía.

En términos generales, como resultado de la lectura la obra de *Smith*, se observa que el autor, no desconoce la intervención por vía de regulación de parte del estado, como en algunas ocasiones se ha querido hacer ver, en realidad el autor, prevé una línea muy importante por el que cualquier nación debe empezar, y es instituir desde la misma constitución política, las reglas que van a permitir un desarrollo adecuado de la economía y en general de la sociedad. Adicionalmente, indica en su obra que cuando el estado intervenga de alguna forma, esta debe ser una intervención precisa, estudiada, conociendo los efectos y causas de lo que genera o no riqueza, sin dejarse guiar por razones particulares de los políticos de turno.

No obstante lo anterior, la obra deja entrever mayormente los beneficios de una economía totalmente liberada, donde efectivamente toda operación fuera realizada bajo las necesidades que muestra el mercado, sin que el Estado influya en ninguna de las etapas de la cadena de producción, y generación de riqueza, y aunque para el autor, esto sería lo ideal, no deja de lado la existencia del estado, y de la importancia del mismo, por lo que antes de recomendar su absoluta eliminación en

términos de regulación, invita a que se realice una regulación responsable, y que corresponda a las realidades y necesidades del mercado, lo que se suma a la existencia de la mano invisible que lleva a una persona a hacer el bien aunque ellos no se lo propongan, debido a que aunque una persona fuera absolutamente egoísta, su iniciativa hacía la búsqueda del beneficio personal la conduciría a hacer el bien y promover sin quererlo el bienestar social. En este sentido, *Smith* espera que los mercados se autorregulan por orden natural por la mano invisible, para lo cual se hace necesario que exista libertad e información suficiente para que el desarrollo de la mano invisible no se limite.⁴

Frente a esta visión clásica de la regulación que va acompañada de la teoría económica, considero importante mencionar la influencia que *David Ricardo*, tiene frente al tema en estudio, quien en su obra *Principios de economía Política y tributación*⁵, también planteo algunos criterios que son tenidos en cuenta actualmente en la regulación.

Uno de los primeros aspectos señalados, se centra en explicar que toda intervención del Estado en la economía tiene consecuencias directas en esta para bien o para mal, y nos trae una visión fundamentada mayoritariamente en el comercio exterior, como por ejemplo cuando se establecen primas a la exportación o la importación, o nuevos impuestos sobre mercancías, estas medidas causan perturbaciones directas o indirectas a lo que se espera sea el intercambio natural

⁴ Ídem

⁵ Ricardo David, (2013) "*Principios de Economía*", Editorial Pirámide, Traducido por Paloma e la Nuez y Carlos Rodriguez, Madrid – España, Año libro original 1817, Traducción 2013.

de la mercancías que se basa en que debo exportar lo que me sobra a importar lo que me falta. Estas medidas que establecen primas o no a determinado sector, desencadena en nuevas medidas como importar o exportar dinero para que los precios puedan concordar al curso natural del comercio.

Ahora bien, aunque este tema no se puede extrapolar directamente a la prestación de los servicios públicos, si resulta cierto, que toda intervención realizada, repercute en el servicio, sea positiva o negativamente, un ejemplo claro de esto, se presenta cuando el regulador genera precios diferenciales para el recurso en pro de generar uso adecuado del mismo, por ejemplo, si se gastan más de 15 m³ de agua al mes, el precio de agua aumentara por m³, lo que incentivara a que no se haga uso inadecuado de los recursos.

Para *Ricardo*, el papel del Estado en términos de tributación debería consistir entre otras actividades, en estimular a la población para salvaguardar aspectos de su posición social como su capital, es decir, el estado debería proteger a esas personas con capital, y no como hace el estado que grava con impuestos a quienes son productivos y mueven la economía de un país y beneficia con esos tributos, impuestos o contribuciones a aquellos que son improductivos; aunque esta visión, en términos económicos en su momento sería apoyada, en la actualidad las consideraciones que se deben tener, nos lleva a tener una balance entre la protección a quien genera capital y quien no lo genera, es decir, es bueno que se proteja al generador de capital, para que su actividad no sea mayormente perjudicada por una carga impositiva, y su producción no se vea perjudicada a causa de una carga excesiva, y siga generando desarrollo y empleo; pero por otro

lado, se debe establecer una carga tal para el generador de capital, que sin afectar su crecimiento, contribuya al bienestar general de las mayorías, que en países como Colombia, son la gran mayoría los que no están generando capital, y aun así requieren ser tenidos en cuenta por parte del Estado, para que su bienestar individual no se vea perjudicado por la imposición de más impuestos, que puedan empeorar su calidad de vida.

Por otro lado, al referirse directamente al tema de la tributación, *Ricardo* señala que los impuestos que cada individuo debe pagar deben ser ciertos y no arbitrarios; es decir, estos impuestos deben contribuir exactamente al objetivo perseguido, como puede ser el sostenimiento del gobierno, sin que se cobren muchos más impuestos de lo que en realidad se deben cubrir para esta actividad; adicionalmente se espera que estos impuestos no sean arbitrarios al ser impuestos según la capacidad contributiva, sin que se descuide el aspecto de protección a quienes son considerados generadores de riqueza. Aunque con ciertos criterios diferenciadores frente a la protección de quien genera o no genera riqueza, este aspecto regulador de no arbitrariedad en la generación de los impuestos, es totalmente aplicable en la actualidad, pues hoy en día la regulación tributaria de los estados, debe acudir a principios como el de la proporcionalidad, equidad, capacidad contributiva entre otros.⁶

Por otro lado, *Ricardo* propone que las políticas del Estado deben estar encaminadas a fomentar el ahorro de los ingresos y la restricción en el gasto, así

⁶ GORDOA LÓPEZ, Ana Laura. "Principios Constitucionales y Doctrinarios de los impuestos" op, cit., nota 7, p. 46 40

como también equilibrar las cargas tributarias que de unos y de otros en las debidas proporciones y de acuerdo con su capacidad,⁷lo que tiene mucho sentido en materia de servicios públicos, pues si llevamos el tema a los servicios públicos, estos son agotables, y de difícil recuperación, por lo que las políticas actuales de los gobiernos en materia regulatoria de servicios públicos, obligatoriamente debe llevar a la protección de los recursos, como lo son el agua, el gas, la energía, entre otros.

Estos puntos expuestos por Adam Smith y David Ricardo, referentes de la no intervención del Estado en la Economía, sus teorías prevalecieron por más de un siglo, hasta que a finales del siglo XIX surgió la escuela neoclásica, aunque muchos de los criterios establecidos, aún pueden ser tenidos en cuenta en la actualidad, pues algo que resulta básico para cualquier aspecto actual de la regulación, es que esto debe tener una fundamentación clara desde la misma constitución política de los países, y toda regulación debe basarse en información real del sector a regular, para que las decisiones que se tomen sean tomadas con bases técnicas y no políticas, sin olvidar la necesidad de tener claro, que toda intervención repercute positiva o negativamente en la sociedad, por lo que es obligatorio que la regulación se adopte responsablemente luego de un análisis de impacto regulatorio.

1.2 Visión neoclásica de la teoría Regulación desde la perspectiva Económica.

⁷ Ídem

Finalizando el siglo XIX, surgió la llamada escuela neoclásica de la economía, cuyos postulados fueron aplicados hasta la entrada de la gran depresión económica mundial de 1929. En lo que refiere propiamente a la Regulación, vale la pena presentar a uno de los máximos representantes de esta escuela *Carl Menger*⁸, perteneciente a la escuela austriaca. La obra de Carl Menger *Principios de Economía*⁹, en términos generales nos indica que el comportamiento económico se organiza y desarrolla conforme al comportamiento de los individuos que racionalmente tratan de maximizar los beneficios de sus actividades. Dentro de las ideas dada en esta obra, *Menger señala que la intervención* del Estado debe estar dirigida a proteger a las personas que son poseedoras de bienes, frente a cualquier acto de violencia de alguno de los otros individuos que pudiera llegar a perturbar dicha posesión, y es así como el autor llega a lo que denomina como “*protección de bienes y hacienda*”, que según él es el fundamento de la propiedad. *Así pues*, el papel del Estado en la economía no va mucho más allá de proporcionar ciertos escenarios dentro de los cuales lo realmente importante es la determinación de la posibilidad de un intercambio que pueda ser monetizado de alguna forma generando beneficios para las partes.

⁸ Carl Menger (1840-1921) nació en Nowy Sacz, Galitzia. Estudió en las Universidades de Viena, Praga y Cracovia. En 1873 fue nombrado profesor de Economía Política de la Universidad de Viena. Fundador de la Escuela Austriaca, es considerado uno de los tres fundadores y líderes del marginalismo junto a Jevons y Walras.

⁹ Menger Carl, (2014), “Principios de Economía Política”, Editorial Budok-Publishing.

En la actualidad, tanto en Colombia, como en España, la prestación de los servicios públicos como el de distribución del agua potable, se encuentran bajo la responsabilidad del Estado, no obstante, su regulación, fue encomendada a otros órganos, y su prestación, puede ser directamente por los alcaldías o ayuntamientos; a través de terceros como empresas prestadoras independientes; o a través de una figura mixta. No obstante, sin importar quien sean el encargado de la prestación del servicio, el Estado debe intervenir para asegurar que la prestación del servicio se dé sin perturbaciones. Por ejemplo, para el caso de Colombia, muchas veces la prestación del servicio se puede ver afectada por razones no imputables al prestador, como puede ser que se presente un atentado a la red de acueducto, situación bajo la cual es el Estado es el llamado intervenir, para asegurar que los lineamientos dados a través de la regulación del servicio se cumplan, y se garantice que la prestación del servicio sea de calidad e ininterrumpido.

Por otro lado, la escuela neoclásica, estudio como el uso de las matemáticas ayudó a explicar el comportamiento de los mercados a través de la microeconomía, permitiendo la explicación de la oferta, la demanda y la conducta de los consumidores, basados en la conducta de los individuos en el mercado del enfoque marginalista. La tesis central de los neoclásicos indica la no intervención del estado en la economía, pues el mercado se autorregula por la interacción de la oferta u de la demanda.¹⁰ De lo anterior, resulta totalmente aplicable, la necesidad de conocer

¹⁰ Romero Alvarado Luz Marina, (2015), “*Regulación económica: una aproximación al marco teórico y conceptual*”, Revista Derecho y Realidad, Vol. 13 – Núm. 25, Enero – junio de 2015, Págs. 43 – 62, Bogotá – Colombia. Página 47.

desde la microeconomía, cual es el comportamiento de los servicios públicos, por lo que es necesario que se esté reportando continuamente la información tanto de los prestadores del servicio como de los consumidores, para lograr determinar si el comportamiento de unos y otros, lleven a que el regulador deba tomar medidas en protección por ejemplo de los consumidores, o asegurar que los prestadores, estén realizando las obras necesarias para asegurar la prestación.

Estos supuestos de la visión neoclásica, fueron atendidos hasta la crisis mundial de 1929, fecha en la cual se empezaron a poner en duda estos postulados, pues toda esta teoría se desarrolla basados en estos estados de competencia perfecta, lo que se ha demostrado que por el desarrollo normal de los mercados no es posible, pues en realidad lo que se presentan son fallos del mercado, que generan desequilibrios económicos, lo que llevo a que el modelo no intervencionista se moldeara a la necesidad de intervención del Estado a través de instrumentos de política pública.¹¹

Uno de los primeros lugares, o tal vez el primero, donde se da la intervención del estado por vía de la Regulación, es en Estados Unidos con el fin de lograr la confianza perdida generada por el modelo no intervencionista, por lo que el uso del derecho se transformó en derecho regulatorio a través del establecimiento de normas jurídicas para controlar el comportamiento de los mercados, en este sentido apoyados en los pilares del Keynesianismo, estados unidos oriento sus políticas

¹¹ Romero Alvarado Luz Marina, (2015), “*Regulación económica: una aproximación al marco teórico y conceptual*”, Revista Derecho y Realidad, Vol. 13 – Núm. 25, Enero – junio de 2015, Págs. 43 – 62, Bogotá – Colombia. Página 48.

públicas en un ambiente macroeconómico contrario al modelo de *“laissez faire”*, precisamente es John Keynes quien en su obra *El final del Laissez Faire*¹², indico algunas de las pautas de la nueva visión de la regulación económica. En la segunda parte de la obra anteriormente indicada, Keynes se dedica a mostrar las falencias o carencias de la doctrina del *Laissez-Faire*, empezando por mencionar que los economistas que apoyan este concepto eligen hipótesis para demostrar sus teorías que resultan fáciles para enseñar, pero que no se acercan a la realidad o al día a día de los mercados, un ejemplo de esto es presuponer que los mercados o el estado normal de los negocios se da bajo una distribución ideal de recursos productivos, y que esta se produce a través de la actuación independiente de los mismos recurso productivos, mediante un método de prueba y error, haciendo que los que actúen mal dentro del mercado desaparezcan frente a sus competidores, sin que se presente alguna protección frente a aquel que destino mal sus recursos.¹³

Para explicar lo anterior, el autor utiliza como ejemplo a las jirafas, de las cuales solo las que tienen el cuello son las que se alimentan dejando morir a las otras, por lo que si se deja que las jirafas actúen libremente, se presentaran graves problemas, como que se cortaran mayor número de hojas por parte de las jirafas con cuellos largos se harán más cerca a los árboles forzando a las otras a morir; cada jirafa tratara de tomar para si las hojas que le parezcan más provocativas; y las jirafas se estirarán al máximo para alcanzar una hoja que consideren suya, por lo que se

¹² Keynes John Maynard, (1926) *“The End of Laissez – Faire, El Final del Laissez-Faire*, recuperado de: <https://es.scribd.com/document/53367670/Keynes-El-Final-del-Laisser>

¹³ Ídem

engullirán más y más hojas y cada hoja alcanzará la garganta de aquella que considere que hizo un mayor esfuerzo. De este modo la oportunidad para hacer dinero privado ilimitadamente teniendo como incentivo el máximo esfuerzo, aumenta en beneficio para aquel que tenga los recursos productivos en el lugar correcto, haciendo que el amor por el dinero tome gran importancia en la tarea de distribuir los recursos del mejor modo que aumente la riqueza.¹⁴

Situaciones como la anteriormente descrita, se deben intervenir por medio de la regulación, pues el estado actual de las sociedades, nos ha llevado a establecer que existen grandes diferencias socioeconómicas entre las personas, y el Estado no puede permitir, que toda iniciativa privada vaya en pro del beneficio de algunos privados con la capacidad de acaparar ciertos recursos, por lo que resulta necesario que el Estado asegure, que estas personas consideradas como más débiles, que son las que no tienen acceso a recursos, tengan acceso a la prestación de servicios públicos como el de distribución de agua potable. Es de aclarar que esta visión, no es una figura paternalista, donde el Estado deba brindar todo, el tema acá es, que un servicio tan importante como el de agua, al ser derecho humano, debe ser asegurado para todos, por lo que ante brechas en la prestación del servicio tan importantes, como se presentan en Colombia entre las zonas rurales y las grandes ciudades, la regulación debe servir para brindar protección a los menos favorecidos; para el caso colombiano, un ejemplo de esta protección es el cobro de tarifas diferenciales según los estratos socioeconómicos de los consumidores.

¹⁴ Ídem

Por otro lado, se debe analizar de manera suficiente otras cuestiones que resultan de gran importancia, como es el cálculo del coste y del carácter de la propia lucha competitiva y la tendencia se distribuya a donde no es muy apreciada, es decir que, si nos preocupa el bienestar de las “jirafas” siguiendo el ejemplo antes mencionado, se debe tener en cuenta el sufrimiento de las de cuellos más cortos que se mueren de hambre frente aquellas de cuello largo.

Al finalizar esta corta obra, Keynes señala una serie de conclusiones que vale la pena resaltar para entender en mejor forma la visión de ese momento del liberalismo y por su puesto de la regulación, las cuales resalto a continuación:

En primer lugar, indica que no resulta cierto que las personas adquieran una libertad producida de sus actividades económicas, pues el interés propio no resulta ser el más ilustrado ni genera siempre bienestar al interés público, por lo que los esfuerzos del estado deben estar encaminados a generar bienestar común, en protección de aquellos que se encuentran desfavorecidos frente a la libre competencia, y aunque en materia de servicios públicos no se presenta la libre competencia como se explicara más adelante, si se presentan ineficiencias por parte del Estado que deben ser subsanados, en pro de generar el mayor bienestar social.

Este criterio resulta de gran importancia en la actualidad, pues como se explicó, la visión de que el mercado funcione perfectamente sin intervención no es posible, el mercado no funciona libremente porque existen fallos, y frente a estos fallos del mercado, se hace necesario que el estado actúe en protección de quienes no tienen el capital suficiente, y limitando que quienes lo tienen, lo sigan consiguiendo sin que medien consideraciones como las ambientales o sociales.

En segundo lugar, se establece que un estado debe programar bien su agenda regulatoria y administrativa, y saber referirse a aquellas actividades que están siendo desarrolladas por los privados, para destinar esfuerzos solo a aquellas decisiones que si el estado no toma no lo haría nadie, por lo que también persiste esta libertad, de que el estado no está para inmiscuirse hasta en lo más mínimo en las relaciones comerciales o privadas, sino que solo deberá actuar, cuando entre los particulares no sea posible establecer los parámetros que rigen sus diferentes negocios.

Esta visión, aunque clara, resulta ser un gran reto para la regulación actual, pues, aunque se reconoce que se espera una regulación debida, para el Estado no ha sido fácil establecer hasta donde llegar para considerar un tema regulado, y la sobre regulación suele terminar en reglas poco claras para el regulado, haciendo más engorroso cualquier trámite. Desde un principio el Estado debe precisar que ámbitos de la sociedad y economía va a regular, y planearlo bien, conociendo las causas que llevan a la regulación, para que esta no se torne en contra de los intereses de la mayoría afectando el bien común. A la fecha, uno de los mayores criterios de regulación que tienen lo Estado, es la protección ambiental, y la protección del recurso propiamente, por lo que teniendo esto en mente y con la mayor claridad posible, todos los esfuerzos regulatorios deben ir encaminados en pro de esto, aunque para otros casos como el colombiano, adicionalmente, se debe asegurar que la prestación llegue a toda la población.

En cuarto y último lugar, señala el autor que muchos de los grandes problemas son dados por la incertidumbre y la ignorancia, y los individuos que tienen el control, son

quienes quieren esto permanezca así, por lo que es necesario que se hagan publicaciones relativas a la situación económica de un país. Este aspecto, cobra especial relevancia en la forma de regular actualmente, porque una de las fallas del mercado, se refiere a la asimetría de la información, al hecho que sin estar bien informados no se debería regular, por lo que es necesario que el estado tenga un conocimiento profundo de las realidades de su economía, de la sociedad, de las necesidades y objetivos que se buscan solucionar con la regulación, para de esta forma conocer también, cuáles son las medidas que se deben tomar, por ejemplo, si sé que la brecha de cobertura de agua potable que hay en mi país, es superior en las zonas rurales frente a las grandes ciudades, lo lógico es que regule en pro de que disminuya esta brecha, y a su vez, debo generar que quien está siendo beneficiado por la regulación, tenga acceso a la información, para que sepa el porqué de las cosas, y se sienta seguro frente a las medidas que el estado está tomando frente a determinado tema.

En respuesta a esta visión de la Regulación, en Estados Unidos se generaron medidas como las conocidas del “New Deal” o nuevo acuerdo, que fue el nombre dado por el presidente Franklin D. Roosevelt a su política intervencionista que buscaba poner fin a los efectos de la gran depresión de Estados Unidos. La obra, *Teoría General del Empleo, el interés y el crédito*, de John Maynard Keynes¹⁵, presentaba por un lado al mercado como inestable, y por otro lado al estado como

¹⁵ Maynard Keynes John, (1936), “*The General Theory of Employment, Interest and Money*”, Macmillan Cambridge University Press, For Royal Economic Society.

el estabilizador, es decir que todo lo que quede por fuera de la estabilización del mercado, debía ser estabilizado por el Estado.

Sin embargo, este nuevo modelo de regulación no generaron mucha confianza, pues en su desarrollo se propuso un objetivo orientado al interés general primordialmente con inobservancia del interés particular, lo que generó que los problemas fueran mayores que los que pretendía resolver, porque ahora además de los fallos del mercado, también prevalecían los fallos del gobierno al ejercer la regulación, lo que se explica dentro de la teoría de la elección pública, que expone en términos generales los fallos del Estado provocados por sus intentos de solucionar los fallos del mercado.

Esta visión neoclásica, termina por crear más problemas de los que solucionó, y básicamente porque nace como una respuesta a la gran depresión, es decir, su objetivo era claro, pero en cumplimiento de este objetivo, se generó un gran número de actividades regulatorias en diferentes ámbitos del estado, lo que conllevó con el tiempo a que esta regulación presentará problemas, fuera excesiva en algunos casos, o buscando generar bienestar en un área se descuidaba otra, a lo que posteriormente se tenía que buscar regulación para solucionar el problema generado por la primera intervención realizada por el Estado.

1.3 Visión moderna de la teoría de la Regulación desde la perspectiva económica.

Como contraposición a las medidas regulatorias desmedidas que se generaron por el modelo keynesiano y a la teoría de la elección pública que tiene en cuenta las

presiones económicas y políticas dentro de la regulación, volvieron a tomar relevancia posturas como la de Ludwig Von Mises, que en sus obras *El Liberalismo*¹⁶ y *Crítica al Intervencionismo*¹⁷, ya había planteó lo insuficiente e ineficaz que es el estado, y lo perjudicial que puede resultar el intervencionismo gubernamental en la economía, que conlleva a graves problemas en la sociedad.

De estas obras, se podían extraer puntos importantes que aportaban a lo que podría ser denominado la visión moderna de la regulación. Von Mises, explicaba que, de un liberalismo bien llevado, no resulta otra cosa diferente al beneficio de todo el pueblo, pues precisamente lo que hace el llamado capitalista, es producir bienes que puedan llegar a todas las esferas sociales, y solo entendiendo esto, es que el negocio será rentable. Así mismo, dentro de un liberalismo bien llevado, no existe la posibilidad de que se creen aranceles o beneficios a determinados mercados, o que se cartelicen los precios de determinado bien, pues los límites estarán solo dados dentro de los productores.¹⁸

El Estado, por su parte, funciona como el encargado de ejercer coerción para que se cumplan las normas sociales, dicho conjunto de normas se denominan Derecho, y los encargados de hacerlas cumplir son el Gobierno; aunque existe alguna parte

¹⁶ Von Mises Ludwig, (1927), *“El liberalismo”*, publicada por Sheed Andrews and McNeel, Inc, sexta edición traducida por Joaquín Reig Albiol.

¹⁷ Von Mises Ludwig, (2001), *“Crítica del Intervencionismo”*, Unión Editorial, España.

¹⁸ Von Mises Ludwig, (1927), *“El liberalismo”*, publicada por Sheed Andrews and McNeel, Inc, sexta edición traducida por Joaquín Reig Albiol.

de la sociedad, que considera posible renunciar a esta fuerza que se ejerce, y su cumplimiento es voluntario basado en los estándares morales.

Frente a esta visión, es claro que bajo el esquema Colombiano y Español, es el Estado el encargado de regular los servicios públicos domiciliarios, y delega esta función en otros órganos o entes quienes son los encargados de producir normas o reglamentación lo suficientemente claras, para que los prestadores de los servicios puedan autodeterminar sus negocios en pro de unos objetivos nacionales, es decir, el Estado debe señalar los criterios de una política pública por ejemplo en materia de suministro de agua potable y saneamiento básico, pero son los prestadores, quienes dentro de su autonomía financiera y administrativa, los que deben asegurar que el negocio los lleve al cumplimiento de estos fines, permitiéndoles que la expansión de la prestación del servicio se dé una forma adecuada, máxime si tenemos en cuenta, que la seguridad jurídica que muestre un estado, repercute directamente en la forma en que ingresa inversión a determinados sectores.

Por otro lado, el liberalismo al contrario del anarquismo, en cuanto lo que tiene que ver a la regulación, si reconoce la existencia del estado, y dice que este debe existir, para asegurar la protección de la propiedad, de la libertad y de la paz, por lo que no resulta cierto, que el liberalismo sea enemigo del papel activo del estado. Como se mostró anteriormente la actividad del gobierno tiene unas limitaciones, pues todo lo que vaya en contra de los aspectos anteriormente señalados estaría mal para el pensamiento liberal, debido a que el Estado no está llamado a intervenir ante cualquier vicio de la sociedad o de sus individuos por medio de medidas

intervencionistas, si el hombre se considera libre, debe soportar el estilo de vida de las demás personas, y no debe salir a buscar a la autoridad cuando algún comportamiento no le resulta acomodado a su parecer.¹⁹

La intervención del Estado dentro de un sistema liberal es necesaria, pero solamente para que cumpla los fines anteriormente señalados, que son proteger la propiedad privada, la libertad y la paz, pero no se pueden entender dentro de este sistema, medidas intervencionistas, o proteccionistas que restrinjan el libre comercio de mercancías, pues justamente estas medidas, en vez de ayudar al estado, lo que logrará es que cada vez se vuelvan los productores menos competitivos, o la mano de obra menos competitiva, o saturada, pues no es posible que salga o entre mano de obra. Así pues, una vez el liberalismo presenta al estado como indispensable dentro de su modelo, pero con unas funciones específicas que deben ser limitadas, dejando la intervención por fuera de la ecuación económica de una economía libre.

Aunado a lo anterior, hasta uno de los defensores más grandes del liberalismo económico *Friedrich Von Hayek*, plantea que la discusión no es si se regula o no, pues es claro que se debe regular, la pregunta en realidad es ¿cómo se debe regular?, para lo cual algunas de sus obras, como *El Camino de la Servidumbre*²⁰, nos dan algunas ideas de cómo debería realizarse esta actividad de regulación. Dentro de las ideas planteadas, da una gran importancia a los agentes

¹⁹ ídem

²⁰ Friedrich August Von Hayek, (1944), "*Camino de Servidumbre*", 1944 (primera edición), Unión Editorial (2008), España.

planificadores dentro de los Estados, indicando que estos no deberían intervenir en la forma como se invertirán los recursos económicos, pues esto lleva a que se den beneficios a particulares. Adicionalmente, señala que el liberalismo, como oposición contra la planificación, no está de acuerdo con la actitud de *laissez-faire*, porque no se trata simplemente de dejar las cosas como están, sino que se deben crear las condiciones de competencia efectiva, para que se puedan guiar los esfuerzos individuales, y que para que actúe debidamente la competencia es necesario que se establezca una estructura legal bien lograda. Así pues, esta visión de la regulación desde el liberalismo se opone a que se implementen otros métodos diferentes a la competencia para guiar los esfuerzos individuales, y se considera la competencia en el sentido de que esta permite acomodar nuestra actividad a la de los demás, sin que se presente coerción alguna, evitando el control estatal y dejando al individuo en la libertad de decidir si lleva a cabo o no determinada actividad.

Como hemos mencionado anteriormente, si bien el mercado de los servicios públicos como el de distribución de agua potable normalmente no se da bajo esquemas de libre competencias al ser reconocidos como monopolios naturales, como explicaremos más adelante, lo cierto es que el Estado debe crear las condiciones para que se dé una prestación efectiva, para que se puedan guiar los esfuerzos individuales, en pro del cumplimiento de las metas que se fijaron a nivel nacional en esta materia, para lo cual es necesario que se tenga una estructura legal bien lograda, que brinde confianza, y sobre todo se funde en razones técnicas y no políticas.

Por otro lado, respecto a la planificación y al estado de derecho, lo que se esperaría es que las reglas del juego estén claras, que se sepa desde antes de hacer una iniciativa particular cuáles son las reglas que nos rigen, para que bajo estos parámetros se pueda planear que se va a hacer y las posibles consecuencias, lo que llevaría a la persona a que tome o no una decisión, pero cuando se dedica a planificar cada una de las situaciones particulares, no se pueden conocer las consecuencias para el resto de las personas a las que no está dirigida esa planificación, lo que vuelve de alguna forma imposible que los individuos puedan planear efectivamente.

Así pues, *Hayek* plantea que la cuestión de si el Estado debe o no debe (actuar) o (inferir) plantea una alternativa completamente falsa, y la expresión *laissez-faire* describe de manera muy ambigua y equivoca los principios sobre los que se basa una política liberal, por lo que la cuestión importante no es si el Estado interviene o no, como se ha querido hacer ver, pues este siempre interviene para una cosa o para otra, la cuestión reside, en si la intervención es lo suficientemente clara para que se conozcan de antemano las reglas de juego, y sea posible planificar.

Uno de los planteamientos más importantes que se hace frente a la planificación, es determinar “¿Quién, a quién?”, frase utilizada por *Hayek*, citando a Lenin, para identificar el problema de ¿Quién planifica a quién?, y porque debe ser ese quien y no otro, y porque unos deberían poseer lo que esa persona determine; básicamente este problema se plantea respecto a cuándo el estado regula, ¿Quién gana? O ¿Quién pierde?, teniendo en cuenta que en toda planificación siempre habrá una persona favorecida y otra que no.

En conclusión para *Hayek*, la regulación siempre debe existir, pero la misma debe ser tan clara que permita conocer de antemano las reglas de juego, con las que unos y otros se van a enfrentar, sin temor a que de un momento a otro se cambien las reglas, si se conocen efectivamente las reglas del juego, es posible que se planifique, y cuando hacemos esta tarea, podemos auto determinarnos, y decidir si asumimos o no un riesgo, y bajo estas libertades que el hombre tiene, fuera de los designios de un estado planificador, se pueden llegar a dar los más grandes desarrollos de la humanidad, aunque debemos ser claros, que en la actualidad, existe una gran predilección, por elegir ser gobernados en todos los aspectos por el estado, pues esto transfiere responsabilidad a este órgano, pues todo éxito o fracaso de determinado país, será atribuible a este, por ser quien tiene las riendas de la sociedad en términos generales.

Como desarrollo de las anteriores ideas, se podría establecer que en la practica la regulación dista de lo ideal, y autores como *Stigler*²¹, plantea que la discusión respecto a que la visión central de la economía de la regulación es determinar quien recibe los beneficios y los costos de la regulación, y como se afecta la asignación de recursos, lo que podría llegar a desembocar en efectos negativos, pues por prevenir o beneficiar a determinado sector de la población, puede terminarse por afectar a otro.

²¹ Stigler George J, (1964), "*El Economista y el Estado*", American Economic Association en la ciudad de Chicago el 29 de diciembre de 1964. Traducido con la debida autorización, de American Economic Review.

De la anterior posibilidad, se desarrolla uno de los desafíos de la regulación que es generar un esquema objetivo, donde no se generen presiones de grupos políticos, económicos o de cualquier tipo, que encaminen determinada actividad en beneficio propio, lo que se busca con un esquema objetivo, es que se propenda al bienestar de toda la población.²²

Pero para que se pueda dar el cumplimiento de una regulación objetiva, se necesita que se cumplan algunos aspectos, como el desarrollo de las leyes, estas como se mencionó anteriormente, deben ser claras, simples y estables, para que la población las conozca, las entienda, y pueda planear sus actividades conforme a estas, sin la incertidumbre de estas serán modificadas cada vez que exista presión por algún grupo. Así mismo, estas normas como es de esperarse, tienen que ser realizadas conforme a los principios generales y constituciones, para que se reduzca la presión de ser modificada, siendo lo más optimo que se dé un marco general de la norma, que permita que la población y las empresas se puedan mover dando cumplimiento de la normatividad y de las necesidades específicas que se vayan presentando en el tiempo; no obstante, lo anterior solo funcionara si se cuenta con instituciones creíbles que implementen objetivamente las normas, de cualquier otra forma se genera incertidumbre jurídica. Un ejemplo de este planteamiento es Colombia, es que los marcos regulatorios que son expedidos por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, son expedidos por lo general por 4 años, evitando que la regulación se da a presiones políticas, que puedan llegar a olvidar la

²² Ídem

finalidad técnica de la regulación, en pro del sostenimiento y protección de los recursos.

Ahora bien, habiendo establecido la visión de la regulación expuesta desde la teoría económica, sea hace necesario conocer como el estado propiamente lleva este esquema de regulación a la práctica, y cuál es la estructura que sea crea en la práctica para que funcione como se espera la labor de regulación que tiene el Estado.

CAPÍTULO 2. FUNCIÓN REGULADORA DEL ESTADO

Haciendo referencia propiamente al tema de la regulación, ya no desde una perspectiva económica, sino desde una perspectiva estatal, esta es entendida como las reglas que son emitidas por un estado, para direccionar diferentes aspectos, como lo social, lo económico, lo político u otros que puedan llegar a tener interés por parte de la población, asegurando el eficiente funcionamiento de los distintos

ámbitos del Estado en pro de garantizar el adecuado manejo de los recursos con los que cuenta el Estado.

Al respecto, la Corte Constitucional Colombiana, señaló la función de regulación del estado en sentido amplio, indicando que “(...) *todas las decisiones del Estado respecto del funcionamiento de la economía y la organización de la sociedad constituyen una forma de regulación económica y social. Sin dicha regulación general del Estado, el mercado económico no podría existir ni funcionar.*”²³

Según Gonzalo de Tagle Sánchez ²⁴, el estado regulador es un concepto indeterminado, que comprenden distintas características de las cuales sería posible conocer su identidad, pero no precisamente su concepto. Su identidad entonces implica la intervención para remediar fallas en el mercado, o con el propósito de intereses públicos, de lo que se desprende la existencia de la regulación económica y la regulación social. Dicha regulación, se traduce en la sociedad por medio de normas, que son de diferentes categorías, dependiendo de quién sean expedidas, pues la regulación puede nacer desde el mismo legislador, o por medio del poder ejecutivo, debido a las atribuciones que se les dan a determinados órganos independientes o no, que tienen funciones reguladoras.

Al respecto, la Corte Constitucional Colombiana, hace claridad frente a la función de regulación, en relación con otras funciones de intervención por parte del Estado,

²³ Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-150 de 2003, Expediente – D4194, Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa.

²⁴ Sánchez de Tagle Gonzalo, “*El estado Regulador en México*”, Editorial Belisario Domínguez, Senado de la República, primera edición, México, año 2018.

indicando que la función estatal de regulación esta segmentada por sectores de actividad económica o social. Así pues, la función de regulación debe obedecer estrictamente a criterios técnicos relativos a las características del sector y a su dinámica propia.²⁵

Como lo mencionan Helena Alviar y Everaldo Lamprea²⁶, como coordinadores del libro *el Estado Regulador en Colombia*, se menciona en la introducción que la regulación se ha convertido en la forma predominante de gobernanza, en una época donde prima la liberalización de las economías, y la aparición de regímenes jurídicos transnacionales, con esto se dio lo que conocemos como el surgimiento del estado Regulador que puso en evidencia el rol cada vez más importante de la regulación como mecanismo de intervención en la economía y en la sociedad.

No obstante, conforme va creciendo el estado regulador, al mismo tiempo crecen las fallas del regulador, que son las que pueden traer grandes problemas tanto nacional como internacionalmente, lo que llevo a concluir a varias organizaciones internacionales como la OCDE²⁷ que tener estados reguladores débiles representa un problema para el crecimiento global, por lo que una de las recomendaciones

²⁵ Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-150 de 2003, Expediente – D4194, Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa.

²⁶ Alviar García H, Lamprea Everaldo, (2016), *“El Estado regulador en Colombia”*, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Edición Uniandes, Bogotá – Colombia.

²⁷ **OCDE** es la sigla que corresponde a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, una entidad internacional que reúne a treinta y cuatro países. Su finalidad es lograr la coordinación de las principales políticas de los Estados miembro en lo referente a la economía y a los asuntos sociales.

frecuentes de este organismo para Colombia es que se fortalezca la independencia y experticia de sus agencias reguladoras; así como que se cierren las brechas de desigualdad entre las ciudades y el sector rural, factor que como veremos más adelante representa uno de los retos más grandes de la regulación en Colombia²⁸.

Ahora bien, todo proceso regulador, al interior de un país, sufre un desarrollo diferente respecto a cómo es percibido por la población y por las instituciones del Estado, pues cada nación tiene sus propias características respecto a los contextos sociales y económicos que estén viviendo en diferentes momentos, por lo que el trasplante de una institución reguladora de un modelo anglosajón al modelo español o colombiano, deben entenderse con las características anteriormente anotadas pues el reconocimiento jurídico de las mismas va acompañado de las necesidades que surgen en un momento histórico determinado bajo normas que se encuentren vigentes al momento, por lo que el marco del estado regulador se da en desarrollo de lo que se conoce como Estado social de Derecho.

Para el caso colombiano, según la constitución Colombiana, y lo señalado por la misma Corte constitucional, esta función reguladora del estado, se realiza a través de dos tipos de órganos de regulación; por un lado se señalan los de rango constitucional donde se encuentra La Junta Directiva del Banco de la República; y

²⁸ OCDE entrega recomendaciones que serán hoja de ruta para las políticas de desarrollo territorial: DNP

<https://www.dnp.gov.co/sala-de-prensa/Paginas/OCDE-entrega-recomendaciones-que-ser%C3%A1n-hoja-de-ruta-para-las-pol%C3%ADticas-de-desarrollo-territorial-DNP.aspx>

por otro lado se señalan las de creación legal, donde se encuentran las agencias del Estado, entre estas se encuentran las comisiones de Regulación, como la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico – CRA.²⁹

2.1. FUNDAMENTOS DE LA REGULACIÓN ESTATAL BASADOS EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO.

En este punto, se hace necesario que hablemos del modelo del Estado Social de Derecho, para que entendamos como la intervención estatal, obedece al desarrollo de este concepto.

Como se mostró anteriormente, la forma de estado en la que se basa la actual actividad estatal tiene sus inicios en el estado liberal³⁰ que nace en contra posición del *Ancien Régime*³¹, en el primero de estos se pensaba que el individuo y el mercado por si solos pueden llegar a regular todas sus actividades gracias al sentido

²⁹ Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-150 de 2003, Expediente – D4194, Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa.

³⁰ Alessandro Pizzorusso, clasificó las formas del estado en tres dimensiones, el estado liberal, el estado social de derecho y el estado socialista, aunque para el presente caso no entraremos al estudio extenso de cada una de estas formas de esto, solo se usaran como introducción al tema del estado social de derecho. Alessandro Pizzorusso “*Curso de derecho comparado*”, Ariel, Barcelona – España, Año 1987, Pág. 113.

³¹ Antiguo Régimen (en francés: *Ancien Régime*) fue el término que los revolucionarios franceses utilizaban para designar peyorativamente al sistema de gobierno anterior a la Revolución francesa de 1789-1799 (la monarquía absoluta de Luis XVI), y que se aplicó también al resto de las monarquías europeas cuyo régimen era similar. El término opuesto a este fue el de Nuevo Régimen (en España, Régimen Liberal).

común, por lo que la tarea del estado correspondía simplemente en generar algunas reglas de corrección frente a estas interacciones.

Como resultado de la contraposición que se realizó frente a las monarquías, en donde no se tenían derechos sino deberes, nace el estado de derecho, en donde por medio de un documento denominado Constitución, se busca regular y controlar la actividad del estado, por medio de normas que nacen de la voluntad general, que tienen como fin el aseguramiento de los derechos de los ciudadanos, como consecuencia la soberanía del rey fue trasladada a la Nación.

El hecho de que la ley rigiera para todos se creía en su momento sería suficiente para alcanzar el bienestar, pues en teoría estas leyes son la expresión de la razón, por lo que dejar a las personas que vayan tras su bienestar haría que esto se mostrara en un desarrollo en el Bienestar General, por lo que el papel del Estado no era mayor, y se veía en su momento como innecesario. Sin embargo, como se demostró anteriormente, esta teoría era equivocada, pues el modelo liberal por sí solo, sin medidas no genera justicia social, al contrario, genera brechas de desigualdad social cada vez más grandes, por lo que se hizo necesario desde este momento la intervención del Estado, lo que dio cabida al estado social de derecho, tal como lo menciona Oscar Álvarez:

“La historia demostró que esta tesis era equivocada, pues las grandes crisis económicas del capitalismo, como la producida en 1929, demostraron que el modelo liberal burgués abandonado a su suerte no engendraba por sí solo la justicia social, sino que más bien conllevaba la producción de los desequilibrios sociales. Por eso se hizo necesaria la intervención del Estado, para corregir el rumbo. Lo anterior,

*unido al surgimiento de la conciencia social por parte del proletariado, socavó los crímenes de esta estructura política, para dar lugar a una forma de Estado Interventor, mejor conocido como Estado social de derecho.”.*³²

Así pues, el Estado Social de Derecho se tiene como un modelo constitucional que busca proteger a la sociedad de todos aquellos modelos que intentan de alguna forma imponer su poder sobre toda costa aún por encima de las normas establecidas, garantizando a los ciudadanos el goce efectivo en libertad de sus derechos fundamentales, y es por esto que su expresión más conocida es aquella que consagra que todas las personas, entre las que se incluyen las autoridades, serán responsables ante la ley, entendiendo que no habrá nadie que esté por encima de esta.

Para Gonzalo Sánchez, “*Se trata de un concepto teórico e histórico que surgió con la construcción del Estado moderno en el que se reconoció, finalmente, que la soberanía corresponde al pueblo y no al monarca.*”.³³ La ley, se convirtió así paulatinamente al interior de los Estados, como la máxima expresión de la voluntad popular bajo la fórmula de la democracia representativa³⁴, en principio teniendo en

³² Álvarez Díaz Oscar Luis, (2008) “*Estado Social de derecho, Corte Constitucional y desplazamiento forzado en Colombia*”, siglo del hombre editores. Bogotá – Colombia. Página 19.

³³ Sánchez de Tagle Gonzalo, “*El estado Regulador en México*”, Editorial Belisario Domínguez, Senado de la República, primera edición, México, año 2018. Página 24.

³⁴ Democracia representativa. Es el tipo de democracia en el que el poder político procede del pueblo pero no es ejercido por él sino por sus representantes elegidos por medio del voto. El académico italiano Norberto Bobbio señala que históricamente se fue consolidando el modelo a partir de los movimientos constitucionalistas de las primeras décadas del siglo XIX a través de dos vertientes:

cuenta que para su validez, solo basta con que sea expedida por quien tiene la competencia, y bajo el cumplimiento de los parámetros que se señalen para tal fin. Esta visión de la validez de la norma, fue cambiando, pues se evidencio que era necesario tener en cuenta otros criterios para considerar la validez de una norma, pues algunas de ellas aunque validas por ser expedidas por quien es competente, fueron consideradas como injustas, en esa medida criterios como los de los derechos humanos, pasaron a hacer el condicionante de validez del derecho, teniendo estos como la frontera infranqueable que no está permitido violar, por lo que los derechos humanos terminan sirviendo como factor de legitimación y de deslegitimación de las decisiones que se lleguen a adoptar.

De lo anteriormente anotado, se pretendía que el accionar estatal estuviera en pro de buscar el avance de la sociedad y las instituciones, a través del mejoramiento de las normas, y utilizando los derechos humanos y el derecho a la igualdad en los referentes prácticos para el establecimiento de políticas públicas que afecten los derechos de los ciudadanos, lo que se lograría si la ley sirve como punto de referencia para organizar adecuadamente los factores políticos, sociales y

1) la ampliación del derecho al voto hasta llegar al sufragio universal y, 2) el avance del asociacionismo político que formó a los partidos políticos modernos. El paso de los regímenes monárquicos a los republicanos representó el arribo de la Democracia Representativa a través del mayor cargo del Estado bajo la figura de la Presidencia. De esta forma, es común que en los regímenes democráticos actuales se consideren una forma para ejercer el poder político democrático en sociedades de masas, argumentando que permite una decisión eficaz por un número suficientemente pequeño de personas en nombre del mayor número.

culturales, asegurando la efectividad de las garantías sociales que deben serle otorgadas.

Ahora bien, reconociendo la importancia de las Constituciones, es importante que revisemos estos instrumentos, tanto para el caso colombiano como para el caso español, encontrando en el primer artículo de sus constituciones políticas lo siguiente:

Para Colombia, la Constitución prevé:

*“Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.”*³⁵ (negrilla y subrayado por fuera del texto original)

La Constitución española prevé:

*“España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.”*³⁶ (negrilla y subrayado por fuera del texto original)

³⁵ Artículo 1 de la Constitución política colombiana.

³⁶ Artículo 1. Numeral 1 de la constitución española.

Con la adopción de estos conceptos, que, aunque un poco diferentes en el fondo garantizan lo mismo, se está adoptando un principio general del ordenamiento de cada uno de los estados, pues este está relacionado con los derechos fundamentales de los ciudadanos, y la Constitución al ser la norma imperativa de obligatorio cumplimiento al interior de cada Estado, implico que este debiera adoptar todas las medidas necesarias para cumplirle a la sociedad las garantías ofrecidas en la carta política.

Para Bermúdez y Morales³⁷, la concepción de estado consagrada en la constitución política ha propiciado fines sociales con mayor alcance en búsqueda de la prosperidad general por medio del aseguramiento de un ordenamiento justo, que brinde la efectividad de los principios, derecho y deberes consagrados en la constitución. Con esta finalidad, se le entrega al estado, facultades de intervención en la economía y la sociedad, para asegurar que todas las personas, en especial las de menores recursos tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos.

Para el caso colombiano, la Constitución Política, indica que la dirección de la economía está a cargo del Estado³⁸, dando funciones para que esta intervenga en la explotación de recursos, el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial en un marco de

³⁷ Bermúdez y Morales Manzur, (2012) *“Estado social de Derecho: Consideraciones sobre su trayectoria histórica en Colombia a partir de 1991”*, Revista cuestiones políticas Vol. 28 No. 48, Enero – junio 2012 páginas 51 – 77, Bogotá – Colombia. Página 68.

³⁸ Artículo 334 de la constitución política de Colombia.

sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. Para el caso de España, esta función, indica que el Estado, mediante ley podrá planificar la actividad económica general para atender las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa distribución.³⁹

En este punto, debemos ser claros, en la importancia que resalta la Corte Constitucional Colombiana, respecto a que la función de regulación, debe garantizar el cumplimiento de los principios del estado Social de Derecho. Al respecto la corte señala, que según la constitución, Colombia es un Estado social de derecho, y uno de cuyos fines esenciales es según la misma constitución “servir a la comunidad, promover la prosperidad y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución”⁴⁰ frente al alcance de esta cláusula del estado social de derecho, la Corte constitucional se ha pronunciado en diferentes ocasiones, señalando, que esta exige que los órganos del estado forjen la realidad institucional según los principios fundamentales de una organización social justa de hombres y mujeres igualmente dignos.⁴¹

Ahora bien, para que se pueda entender de una mejor forma cómo es que el Estado direcciona la economía, en pro de garantizar mejores condiciones para la población

³⁹ Artículo 131 de la constitución española.

⁴⁰ Artículo 2 de la Constitución Política Colombiana.

⁴¹ Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-521 de 1998, Magistrado Ponente Antonio Barrera Carbonell.

en general, haciendo que se cumplan las finalidades constitucionales y los fines de un estado social de derecho, es necesario que hablemos de dos conceptos, de la división de poderes, y de la desconcentración administrativa.

Este tema, hablando de regulación, toma una gran importancia, porque en desarrollo de la efectividad de los principios del Estado social de derecho, es de suma prevalencia la independencia del órgano de regulación, para lo cual la Constitución reviste a estos órganos regulatorios de un rasgo institucional especial que consiste en su autonomía.⁴²

Al respecto, la Corte constitucional colombiana, mediante sentencia C-827 de 2001, señaló lo siguiente:

“(…) Como es proclamado por la doctrina, dentro del Estado contemporáneo aparece la necesidad de identificar y de desarrollar en torno de ámbitos de la actividad social la existencia de regulaciones "sectoriales" que a partir de los postulados constitucionales y las formulaciones legales se confían a autoridades que dentro del Estado ostentan la condición de "independientes", pues mediante ellas se asegura la necesaria imparcialidad y neutralidad para el cumplimiento de actividades a cuya gestión directa pueden acceder los particulares, en concurrencia, generalmente, con agentes estatales. Por ello se "aísla", se independiza el poder de regulación de los órganos del Estado encargados de la dirección política y de la gestión administrativa. En ese

42 Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-150 de 2003, Expediente – D4194, Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa.

orden de ideas se expresa que en el actual desarrollo de la organización estatal el esquema tradicional de la división de poderes se ve integrado y complementado con el principio conforme al cual "quien concede el ejercicio de una actividad no debe ser el que la controle"⁴³

Para el caso colombiano en particular, el principio de separación de poderes, según lo expresado por la Corte Constitucional mediante sentencia C-971 de 2004⁴⁴, en la constitución de 1991, que es la actual constitución, se adoptó un sistema flexible de distribución de las distintas funciones del poder público, que se conjuga con un principio de colaboración armónica de los diferentes órganos del Estado y distintos mecanismos de freno y contrapeso entre los poderes. El modelo por el cual optó el constituyente de 1991 mantiene el criterio conforme al cual, por virtud del principio de separación, las funciones necesarias para la realización de los fines del Estado se atribuyen a órganos autónomos e independientes. Sin embargo, la idea de la separación está matizada por los requerimientos constitucionales de colaboración armónica⁴⁵ y controles recíprocos. En conjunto, la estructura constitucional descrita responde al modelo de frenos y contrapesos que tiene el propósito, no solo de

⁴³ Corte Constitucional Colombiana, sentencia C-827 de 2001, expediente D-3345, Magistrado Ponente Álvaro Tafur Galvis.

⁴⁴ Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C- 971 de 2004, Referencia D-5133, Magistrado Ponente Doctor Manuel José Cepeda Espinosa.

⁴⁵ La Colaboración armónica está relacionada plenamente con la teoría de la división de los poderes, pues de allí se desprende que los poderes puedan funcionar interactuando entre sí, sin que por exista una parálisis entre ellos, minimizando los conflictos que puedan existir entre los diferentes poderes. Este principio, aunque resulte obvio, es de suma importancia, pues los poderes no pueden existir separados absolutamente.

obtener mayor eficiencia en el desarrollo de las funciones a través de las cuales el Estado atiende a la satisfacción de sus fines, sino, y principalmente, de garantizar una esfera de libertad para las personas, por efecto de la limitación del poder que resulta de esa distribución y articulación de competencias.

En este sentido, el constituyente de 1991 estableció en el artículo 113 lo siguiente:

“Son Ramas del Poder Público, la legislativa, la ejecutiva, y la judicial. Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado. Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas, pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines.”

Aquí faltaría la parte española...de que se dice sobre la Constitución

2.2. IMPORTANCIA DE LA DIVISIÓN DE PODERES PARA LA REGLACIÓN.

Como lo señala la Corte Constitucional colombiana en la sentencia C-971 de 2004 antes referenciada, la división de poderes correspondía a un modelo absoluto y rígido que proscribía cualquier intervención de los órganos de una rama del poder público en el ejercicio de otra rama del poder, por lo que no existían control de las actuaciones ejercidas por cada una de estas. Esta separación tiene como objetivo primordial garantizar la libertad de los asociados y adicionalmente desarrollar las finalidades encomendadas al Estado pues se garantiza en cada órgano un mayor

grado de especialización institucional que permite un manejo más técnico de sus funciones.

Ahora bien, para Gonzalo Sánchez⁴⁶, los poderes tienen dos divisiones que es la formal y el material, la primera corresponde al órgano del Estado y la segunda a las funciones que ejerce con independencia del órgano que lo lleva a cabo. Indica el autor, que bajo una visión actual del derecho constitucional se considera que los órganos son estáticos, pero no las funciones por lo que es posible que estas últimas sean distribuidas en distintos órganos del Estado, sin que esto implique una transgresión al principio de división de poderes, entendiendo que la división de poderes no es una postura rígida, sino que se puede moldear según el momento y características del momento.

Este principio de la separación de poderes se convierte en pieza fundamental para el reconocimiento de la independencia y autonomías de diferentes órganos del Estado, a fin de que estos puedan cumplir cabalmente sus funciones. No obstante, señala la corte constitucional, este principio debe ser interpretado en función de su vinculación con lo estipulado en el artículo 113 de la constitución política colombiana, el cual habla de la colaboración armónica para la consecución de los fines estatales.⁴⁷

⁴⁶ Sánchez de Tagle Gonzalo, *“El estado Regulador en México”*, Editorial Belisario Domínguez, Senado de la República, primera edición, México, año 2018. Página 32.

⁴⁷ Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-246 de 2004, Expediente D-4829, Magistrada Ponente Doctora Clara Inés Vargas Hernández.

Estos aspectos, resultan de vital importancia para el desarrollo de la regulación estatal, pues la existencia o no de estos órganos independientes, no va a recaer en decisiones políticas coyunturales, pues solo mediante reformas constitucionales o legales se puede dar su desaparición, y tan valiosa se vuelve esta autonomía que el artículo 113 ídem, señala la existencia de órganos autónomos e independientes para el cumplimiento de las funciones del Estado.

Cabe señalar, que los niveles de independencia son diferentes para casos como los órganos creados por la constitución, y los órganos creados por la ley, pues estas aunque se encuentran autorizadas por la constitución, este mismo instrumento autoriza al legislador para que de creerlo conveniente cree órganos independientes que se encarguen de la regulación de determinados temas, y es el legislador el encargado de señalar los niveles de independencia que podrían tener estos órganos,⁴⁸ un ejemplo de esto son las comisiones de regulación de los servicios públicos, como la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico⁴⁹.

En efecto, señala la corte constitucional, que la independencia de las comisiones de regulación tiene fundamento constitucional, pero son configuradas por el legislador para que las actuaciones de éstas respondan a las necesidades propias del sector regulado, de acuerdo con los fines señalados en la constitución como asegurar la

⁴⁸ Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-150 de 2003, Expediente – D4194, Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa.

⁴⁹ Creada por medio del artículo 69 de la Ley 142 de 1994.

continuidad y calidad de los servicios públicos, y no responda a presiones políticas, que busquen provecho de las decisiones que se tomen.⁵⁰

Como resultado de la dinámica antes descrita, tiene importancia resaltar el papel del desarrollo de órganos constitucionales o legislativos autónomos dentro del “Estado Regulador, pues un nuevo órgano termina asumiendo funciones y competencias constitucionales por una entidad distinta a la de los poderes originales. Así pues, la división de poderes tiene como objeto la estabilidad del sistema de poderes por medio del equilibrio de funciones, basados en sistemas de contrapesos, que permita generar la independencia de los órganos reguladores.

El fenómeno de la división o separación de poderes antes descrito, se ve acompañado, de la descentralización administrativa, que para la jurisprudencia Colombiana, se presenta cuando se produce traslado de asuntos que serían de conocimiento de la autoridad central, a las autoridades territoriales, o de la administración central a otras autoridades a quienes se confía el desempeño de labores especializadas, de tal suerte, que las decisiones administrativas en los dos casos, no se adopta por la autoridad central, sino por un ente territorial, o por la entidad prestadora del servicio, o encargada del ejercicio de funciones administrativas.

Por otro lado, la desconcentración administrativa se conoce como el mecanismo mediante el cual el Estado otorga funciones propias a un agente suyo o de otra

⁵⁰ Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-150 de 2003, Expediente – D4194, Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa.

entidad nacional, para que las ejerza en nombre de él. Esta nace como un fenómeno de descongestión de las tareas administrativas del poder central con miras a facilitar y agilizar la función pública.

Según el concepto de la Corte Constitucional Colombiana dada por medio de la Sentencia C-561 de 1999⁵¹, en el fenómeno jurídico de la desconcentración, hace referencia a la transferencia de potestades para la toma de decisiones, a instancias o agencias que se encuentran subordinadas al ente central, sin que necesariamente, gocen de personería jurídica, ni presupuesto, ni reglamento administrativo propio, teniendo como propósito descongestionar la gran cantidad de tareas que corresponden a las autoridades administrativas y, en ese orden contribuir a un rápido y eficaz diligenciamiento de los asuntos administrativos.

Para el caso de la Doctrina española según Ariño Ortiz ⁵², el concepto de desconcentración se tuvo tradicionalmente como la transferencia de funciones competencias de la persona jurídica estatal a las demás personas jurídico-públicas, territoriales o institucionales, mientras que por desconcentración se entendía como la transferencia de competencias entre órganos que pertenecían a una misma persona jurídica, esquema que como vemos se centra en el concepto de persona jurídica. Posteriormente, el desarrollo no se centró como tal en la persona jurídica sino en la personalidad jurídica, y es basado en esta que se distingue entre

⁵¹ Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-561 de 1999, expediente D-2376, Magistrado Ponente. Doctor Alfredo Beltrán Sierra.

⁵² Ariño Ortiz Gaspar, (1988) "*Principios de descentralización y desconcentración*", Universidad Autónoma de Madrid, Núm. 214. Página 21.

descentralización territorial que hace referencia a las administraciones locales, y la descentralización funcional, que hace referencia al traslado de funciones institucional o corporativa.

Según Ariño Ortiz⁵³ la descentralización funcional se presentó como algo bien distinto, pues se quiso configurar sobre un sistema de elección que buscaba asegurar la independencia de decisiones frente al Estado, por lo que llamar a este fenómeno descentralización podía ser correcto entonces. Así mismo, este autor, habla de la descentralización por servicios, indicando que el servicio descentralizado para considerarse como tal no puede depender del gobierno ni de la administración local, es el que, aunque subordinado al poder del Estado, depende principalmente de sí mismo y goza de una libertad

Ahora bien, una gran parte de la actividad reguladora del Estado, ya desde hace varios años viene siendo desarrollado por órganos que fueron creados para funcionar con cierto grado de autonomía técnica, pero sin ser totalmente independientes, pues las facultades de regulación económica son atribuidas al Estado, por lo que estos órganos no dejan de tener cierta dependencia al poder ejecutivo, siendo reconocidos como órganos desconcentrados, sin que con esto se entienda una supresión a las facultades que constitucionalmente han sido encomendadas al poder ejecutivo, dentro de estos órganos se encuentran las

⁵³ Ariño Ortiz Gaspar, (1988) "*Principios de descentralización y desconcentración*", Universidad Autónoma de Madrid, Núm. 214. Página 23.

agencias independientes o comisiones de regulación, que serán analizadas más adelante.

En este sentido, podríamos llegar a concluir que el “Estado Regulador” nace como una necesidad de los estados de reglar actividades que son consideradas de gran impacto para la sociedad, y que debido a lo dinámica y especial de cada una de las situaciones se hace necesario la intervención para que dichas industrias consideradas como relevantes no se dejen a consideraciones del libre mercado y la autorregulación, ni a los poderes tradicionales del Estado, los cuales en la mayoría de las ocasiones carecen de los conocimientos suficientes y especializados sobre cada ámbito a regular; y es así como los diseños constitucionales dan fundamento y protección a la rectoría de la economía por parte del Estado, comprendiendo la convivencia de esta guía estatal con el principio de legalidad, que se vuelve en la fuente de legitimación democrática de donde se deriva la regulación económica.

En general, todas las decisiones del Estado respecto del funcionamiento de la economía y la organización de la sociedad constituyen una forma de regulación. Esta regulación puede presentarse de diferentes formas que han sido tratadas por la doctrina, en algunos casos se habla de intervención estatal global cuando se observa el sistema económico como un todo, en otros casos puede ser sectorial cuando recae en una determinada área, y la doctrina aún reconoce una forma que es más específica conocida como particular donde se abordan situaciones directas como la de una empresa. Así mismo, la doctrina reconoce otros tipos de intervención, como la directa cuando recae sobre la actividad de los agentes

económicos o indirecta cuando la regulación no está orientada a la actividad propiamente sino a los resultados que esta genera.

Por otro lado, cuando se hace análisis de la posible regulación, la doctrina también reconoce unas formas adicionales, como son la intervención unilateral, que es cuando el Estado propiamente autoriza, prohíbe o reglamenta la actividad generadora, o la regulación convencional la cual se produce por un proceso de acuerdos entre los agentes y el Estado que produce un pacto en pro de las actividades que generan recursos para que esto repercuta en un mayor beneficio frente al interés general.

Ahora bien, es preciso señalar que cuando hablamos de la función reguladora del Estado, esta se puede ver segmentada por sectores dependiendo la actividad que se esté desarrollando, esto debido a que la función reguladora obedece a criterios técnicos y específicos de cada área que tienen su propia dinámica, lo que implica la toma de diferentes decisiones que se adecuen a la dinámica del sector, por lo que es preferible que esta función que tiene que ser ejercida de manera continua se haga por un órgano que cumple el régimen de regulación fijado por el legislador, que goza de una especial autonomía constitucional o independencia legal al que se le brinden diferentes facultades para lograr una regulación ágil y eficaz.

Dentro de los sectores de la economía que el Estado puede intervenir, se encuentra el de los servicios públicos, dentro del que se encuentra el servicio de suministro o distribución de agua potable, el cual es el eje central de este estudio, razón por la cual es procedente que conozcamos, la justificación de la intervención estatal en los servicios públicos.

En cuanto a lo que se refiere específicamente a la facultad de señalar las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios, el artículo 370 de la Constitución Política prevé que las debe ejercer el presidente de la república con sujeción a la ley, por lo que la ley propiamente no puede decidir sobre su desconcentración y por tanto, si desea que tal función sea ejercida por una autoridad distinta, solamente puede autorizar al presidente de la república para que delegue esta función.

Frente a esta delegación, la Corte Constitucional en sentencia C-272 de 1998, señaló lo siguiente:

“Las comisiones de regulación, a pesar de ser unas unidades administrativas especiales, con independencia administrativa, técnica y patrimonial, se encuentran sujetas a una importante injerencia presidencial ya que el ministro del ramo las preside. Sin embargo, esa dependencia de las comisiones de regulación frente al Gobierno en manera alguna implica la inconstitucionalidad de las mismas, ni de la posibilidad de que el presidente delegue en ellas la definición de las políticas generales de la administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios, por la sencilla razón de que se trata de funciones presidenciales. En efecto, mal podría el juez constitucional declarar inconstitucional una ley porque permite la delegación de una función del Presidente en una agencia estatal subordinada al Ejecutivo, por considerar que ésta no es suficientemente autónoma, pues en general es propio de la delegación que la autoridad delegataria se encuentra en una cierta subordinación frente a quien delega. La fijación de

políticas de control y eficiencia de los servicios públicos es entonces una función típicamente administrativa que cumple el Presidente en calidad de suprema autoridad administrativa, para la concreción de políticas de desarrollo de los servicios públicos domiciliarios, por lo que la delegación de esta atribución no sólo resulta pertinente en razón de la naturaleza de la función, sino que, a la luz de la Carta de 1991, es una opción totalmente razonable, más aún cuando precisamente en materias como los servicios públicos el Constituyente pretendió fortalecer los principios de eficacia y celeridad de la administración.”⁵⁴

La sentencia ídem, indica adicionalmente que la constitución no señala específicamente cuales de las funciones presidenciales indicados en el artículo 189 de la carta pueden ser delegados o no, sino que defiere la corte constitucional en esta sentencia que es la misma ley la que debe deferir si la función es o no delegable, y por ende indican que el principio general es que la ley puede autorizar la delegación de cualquier función presidencial, sin que esa posibilidad esté restringida a aquellas que el primer mandatario ejecuta como suprema autoridad administrativa, razón por la cual la Corte ha reconocido que también son susceptibles de delegación las funciones en su calidad de jefe de gobierno.⁵⁵

⁵⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-272 de 1998, Expediente D- 1880, Magistrado Ponente Doctor Alejandro Matínez Caballero.

⁵⁵ ídem

CAPÍTULO 3. JUSTIFICACIÓN DE LA INTERVENCIÓN ESTATAL EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS.

En las décadas anteriores a la aprobación de la Constitución colombiana de 1991, los servicios públicos domiciliarios eran prestados directamente por el Estado, lo que produjo, que debido a los malos manejos administrativos, se presentaran grandes problemas de infraestructura y de prestación, que no permitían que la prestación de los servicios fuera eficiente, lo que con el tiempo generó que las tarifas cobradas no pudieran cubrir los costos del servicio, causando una mayor carga fiscal, para intentar mantener las empresas prestadoras funcionando.

Adicionalmente, no existía un marco regulatorio donde se definieran cuáles eran las funciones que debían cumplir los prestadores del servicio público domiciliario, por lo que fue necesario que la misma Constitución dedicara expresa importancia a este aspecto.

Al respecto, la Carta Política Colombiana indica en su artículo 365 que es deber del Estado asegurar la prestación eficiente de servicios públicos a todos los habitantes del territorio nacional, y aunque bien se indica que los servicios pueden ser prestados por particulares, el Estado es quien mantiene las funciones de regulación, control, inspección y vigilancia.

Respecto a la tarea de la regulación económica⁵⁶, resulta evidente la importancia del Estado en esta labor, ya sea porque actúa como un agente económico⁵⁷ al crear o consumir bienes o servicios, o porque ejerce sus facultades para regular o reglamentar actividades económicas o la economía directamente; frente a la tarea de regulación económica propiamente, es que se genera uno de los más grandes retos del Estado, pues de su óptimo desempeño en esta tarea se genera desarrollo económico.

En cumplimiento de esta tarea, los Estados intervienen de forma complementaria en las actividades ordinarias de los mercados adoptando medidas para corregir los fallos del mercado⁵⁸, que se presenta como una de las primeras razones por las que se justifica la intervención.

⁵⁶ David Guinard Hernández, (2017), frente a la “regulación económica” indica que el mundo jurídico no ha llegado fácilmente a la construcción de dicho concepto, y esto parte de la plurivocidad del mismo concepto de “regulación”, que es utilizado de manera transversal en diferentes áreas del conocimiento. No obstante, lo aterriza indicando que la regulación económica es un instrumento de dirección estatal de la economía por medio del cual el Estado, representado en una agencia administrativa, estructura y desarrolla una serie de disposiciones mediante las cuales disciplina las dinámicas económicas con el fin de abogar por el funcionamiento adecuado de mercados específicos, dentro de los marcos fijados para ellos por el ordenamiento jurídico, y persiguiendo siempre la materialización del interés general.

⁵⁷ Denominamos agente económico a cualquiera de las partes que hacen posible la actividad económica. Así, dentro de la actividad económica y del proceso económico en general podemos encontrarnos con diferentes agentes. Estos agentes pueden participar o tomar decisiones en forma de productores, [consumidores](#), [ahorradores](#) o incluso [inversores](#). <https://economipedia.com/definiciones/agente-economico.html>

⁵⁸ Chacartegui, Ramos, Valle (2004) Pag. 98. señalan que los fallos del mercado son situaciones en los cuales los mercados no encuentran por si solos una situación de equilibrio, de modo que se da un perjuicio social.

Frente a este tema, la Corte Constitucional Colombiana ha expuesto su postura en diferentes sentencias las cuales serán analizadas específicamente en un capítulo adicional de esta investigación. No obstante, de manera preliminar vale la pena mencionar que dicha alta Corte señaló que en sentido amplio, todas las decisiones del Estado respecto del funcionamiento de la economía y la organización de la sociedad constituyen una forma de regulación económica y social, que se ven justificadas por la necesidad de asegurar el normal funcionamiento de determinado sector ante los problemas o fallas que pudieran llegar a presentarse, garantizando los principios del estado social de derecho y solucionando los fallos del mercado.⁵⁹

3.1. JUSTIFICACIÓN BASADA EN LOS FALLOS DEL MERCADO.

El escenario ideal del mercado es cuando este es perfectamente competitivo, pero cuando del ejercicio libre de las libertades económicas se producen efectos negativos para los mercados, debido a la mala distribución de los recursos disponibles, se presentan los denominados fallos del mercado, que serán analizados a continuación:

3.1.1. Las externalidades.

En la teoría económica, las externalidades se presentan cuando la acción de un agente del mercado afecta el bienestar o los beneficios de otros sin que exista compensación, es decir que se presentan diferencias entre los beneficios y costos privados y los beneficios y costos sociales. Dicho concepto se observa desde dos

⁵⁹ Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C- 150 de 2003, Magistrado Ponente Doctor Manuel José Cepeda Espinosa.

perspectivas, positiva o negativa, aunque la primera no puede ser considerada como un fallo, pues no empeora el mercado, sino que lo mejora. Una externalidad negativa se presenta cuando la acción de un tercero afecta directamente a una persona, sin que esta reciba una compensación por la consecuencia negativa que recibió.

Ejemplos de externalidad negativa se pueden encontrar muchos, pero un ejemplo puede ser el de una fábrica contaminante, donde el coste marginal social⁶⁰ es mayor que el coste marginal privado⁶¹ causado por la externalidad negativa. La grafica que a continuación se presenta, lo explica de la siguiente manera:

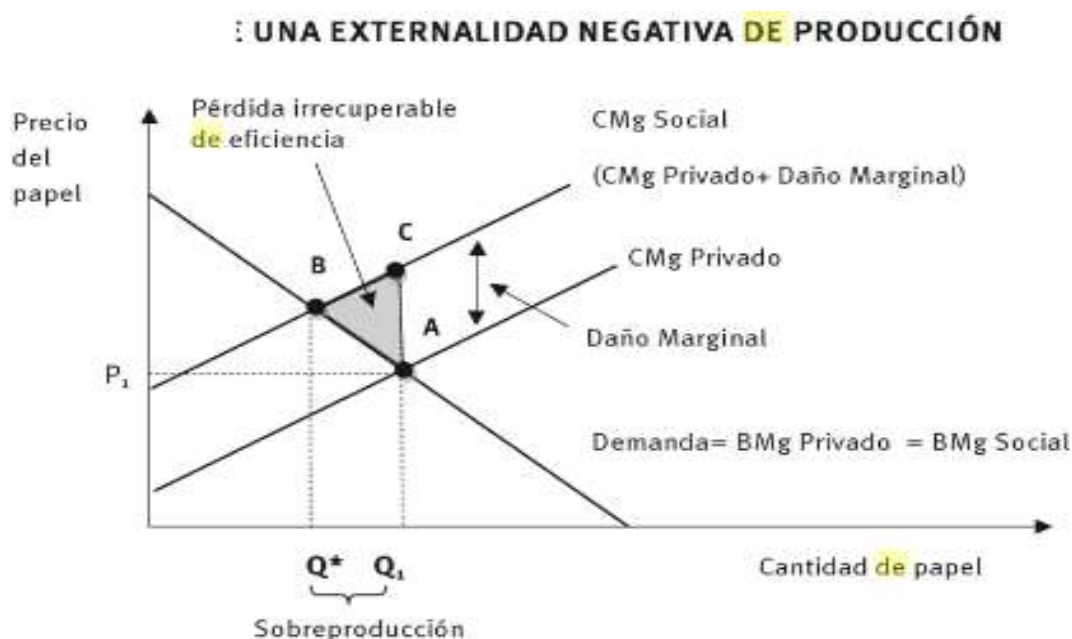
Cuando se trata de una externalidad negativa de producción, el coste marginal social (CMg social), que incluye el coste de externalidad o daño marginal, es mayor que el coste marginal privado (CMg Privado). La producción de equilibrio del mercado del bien (Q_1) es aquella que se obtiene de igualar el beneficio marginal privado (demanda) y el coste marginal privado o curva de oferta del bien. Por otro lado, la producción socialmente optima o producción eficiente (Q^*) resulta del punto de corte entre beneficio marginal social y el coste marginal social, en ese sentido, la producción socialmente optima (Q^*) será menor que la producción de equilibrio

⁶⁰ Costo total que paga la Sociedad por producir una unidad adicional de un Bien o servicio. CMS es igual a la suma de los Costos marginales de la producción del Bien más los Costos por los daños, correctamente medidos, que ocasiona el proceso de producción. https://www.eco-finanzas.com/diccionario/C/COSTO_MARGINAL_SOCIAL.htm

⁶¹ Cantidad que un [Consumidor](#) paga por consumir una unidad adicional de un [Bien](#) determinado. https://www.eco-finanzas.com/diccionario/C/COSTO_MARGINAL_PRIVADO.htm

de mercado (Q_1), porque debido al coste sufrido por terceros a la sociedad le interesa que se produzca menos cantidad de ese bien. Entonces se presenta una sobreproducción de $Q_1 - Q^*$, el área triangular señala en el grafico por las letras A, B y C, representa la perdida irrecuperable de eficiencia generada por la externalidad negativa de producción.

Gráfico 1.⁶²



Fuente: Lecciones de Economía para no economistas.⁶³

Así mismo, se pueden presentar externalidad negativa en el consumo, un ejemplo comúnmente utilizado para ejemplificar este caso es la que se produce con los

⁶² Berumen Sergio A., (2015) "Lecciones de Economía para no economistas", Editorial ESIC, Libros Profesionales de Empresa, Madrid – España. Página 184.

⁶³ Berumen Sergio A., (2015) "Lecciones de Economía para no economistas", Editorial ESIC, Libros Profesionales de Empresa, Madrid – España. Página 184.

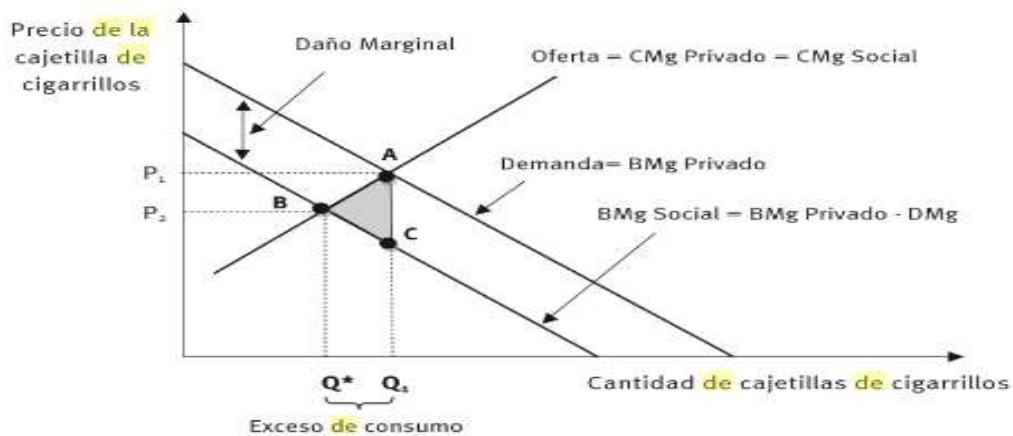
fumadores, que al fumar perjudican a las personas que viven con él, en este caso el beneficio marginal social es menor que el beneficio marginal privado por el efecto de la externalidad negativa. En el siguiente grafico⁶⁴ se presenta la externalidad negativa de consumo representada en el consumo de cigarrillos. El beneficio marginal social (BMg Social) es igual al beneficio marginal privado de los consumidores (BMg privado) menos los costes asociados al consumo del bien que sufren otras personas (daño marginal o DMg). En este sentido, en presencia de externalidades negativas de consumo, el beneficio marginal disminuye por el efecto de la externalidad. Así pues, (Q1) se obtiene de igualar el beneficio marginal privado con el coste marginal privado o curva de oferta del bien; mientras que (Q*) es aquella que se obtiene de igualar el beneficio marginal social y el coste marginal social del bien y la diferencia entre Q1 y Q* es el exceso de consumo del bien. El área triangular señala en el grafico por las letras A, B y C, representa la perdida irrecuperable de eficiencia generada por la externalidad negativa de consumo.

Gráfico 2.⁶⁵

⁶⁴ Berumen Sergio A., (2015) *“Lecciones de Economía para no economistas”*, Editorial ESIC, Libros Profesionales de Empresa, Madrid – España. Página 186.

⁶⁵ Berumen Sergio A., (2015) *“Lecciones de Economía para no economistas”*, Editorial ESIC, Libros Profesionales de Empresa, Madrid – España. Página 186.

EFFECTO DE UNA EXTERNALIDAD NEGATIVA DE CONSUMO



Fuente: Lecciones de Economía para no economistas⁶⁶.

En presencia de las externalidades el mercado por sí solo no es capaz de asignar correctamente los recursos, es decir que no se presenta un equilibrio competitivo, por lo que se generan provisiones no óptimas en la sociedad, causando que la producción sea excesiva o insuficiente dependiendo del tipo de externalidad, generando economías poco eficientes.

En el caso de las externalidades en servicios como el de suministro de agua potable, se debe tener claro que este bien tiene una serie de particularidades que reflejan las externalidades que pueden presentarse; primero este es un recurso que no se maneja sobre un mercado totalmente libre pues su operación por varios factores resulta muy limitada; segundo al ser un bien renovable pero agotable se presta para que se creen estructuras monopólicas a nivel local; tercero, el transporte del agua es muy costoso, por lo que las distancias generan un factor que influye directamente

⁶⁶ Berumen Sergio A., (2015) "Lecciones de Economía para no economistas", Editorial ESIC, Libros Profesionales de Empresa, Madrid – España. Página 186.

en los costos de provisión; así pues, factores relacionados con el consumo del agua y el manejo de desechos líquidos se presentan como externalidades que generan una diferencia entre los precios del mercado y los costos sociales⁶⁷. En el mismo sentido, la contaminación de los recursos hídricos es considerada una externalidad negativa, pues se presentan como un mal público causado por diferentes sectores sociales, que no pueden ser solucionados por el mercado; esto nos lleva a que al existir agentes contaminadores que no pagan por utilizar los servicios del medio ambiente se produzcan fallas del mercado, como se explicó anteriormente.⁶⁸

Ahora bien, frente a las externalidades se tienen varios mecanismos de solución, pues ante ellas responden tanto los agentes privados como los poderes públicos. En el caso de las medidas privadas, estas se toman cuando se considera que la intervención del Estado no es necesaria, y la solución se da por intermedio de normas morales y sanciones sociales, que en últimas lo que nos enseñan es que

⁶⁷ Luis Mauricio Cuervo González (2010), *"Mientras los desechos líquidos son productores de externalidades negativas, el agua potable lo es de externalidades positivas. Cada uno de estos casos producirá una distorsiones de sentido opuesto. En el primero, la curva de costo marginal privada será sistemáticamente inferior a la curva de costo marginal social. Así, el equilibrio del mercado inducirá a una producción de desechos líquidos superior a la cantidad socialmente deseable. En el otro, la curva de costo marginal privada estará por encima de la social y la provisión de agua potable tenderá a estar por debajo de lo determinado por el equilibrio del mercado."* Cuervo González, (2010) *"El agua potable como bien mayor"* en *Observatorio de la Economía Latinoamericana*, N° 134, 2010. Texto completo en <http://www.eumed.net/cursecon/ecolat/co/>

⁶⁸ Gómez Urrego Dolores Eulalia, (2016), *"Múltiples usos del agua, conflictos y externalidades: Estudio de caso de la parte alta del río Cauca en Colombia"*, Ensayo Universidad Autónoma de Barcelona, http://pagines.uab.cat/applieconomics/sites/pagines.uab.cat/applieconomics/files/Gomez,%20Dolores_paper.pdf

internalicemos las externalidades, es decir que no hagamos lo que no queremos que nos hagan; otra posible solución desde lo privado es la creación de asociaciones o fundaciones que ayuden a contrarrestar estas externalidades, como las fundaciones en protección del medio ambiente, que luego se ven beneficiadas con deducción de impuestos; por lo general lo más efectivo frente a las soluciones privadas, es que la externalidad se internalice, es decir que el problema que me está afectando lo haga mío, y así yo puedo controlar esa externalidad, y generar la mayor optimización social de los recursos, este modelo de solución causa que las empresas generen negocios como fusiones o compras; ante la imposibilidad de comprar o controlar propiamente la externalidad, otra posibilidad que se puede dar desde lo privado es el control por medio de un contrato que limite al máximo los daños.⁶⁹

Las alternativas que se plantea dentro de las soluciones privadas, y además uno de las que más es estudiada por juristas y economistas que analizan el tema de las externalidades, es el “*teorema de Coase*”⁷⁰ planteado por Ronald Coase, que en 1960 con su libro “*The problem of Social Cost*”, sostuvo que se podrá llegar a niveles de producción socialmente óptimos, siempre y cuando los derechos de propiedad estén bien asignados y los costos de transacción sean bajos, lo que causaría que

⁶⁹ Mankiw Gregory, (2005) “*Principios de Economía*”, Editorial PARANINFO, Cuata Edición, Traducido por Esther Rabasco y Luis Toharia, Madrid – España. Página 147.

⁷⁰ Ronald Coase es considerado el fundador del [Análisis Económico del Derecho](#) y de la [nueva economía institucional](#). Es además miembro de la [Escuela de Economía de Chicago](#). El artículo de 1960 *The problem of Social Cost*, 'El problema del coste social'.

no existan externalidades, ya que las partes autónomamente realizarían todas las transacciones analizando los costos y beneficios, sin importar quien posee la propiedad, generando que no sea necesaria la intervención del Estado.⁷¹

Para explicar el teorema de Coase, se han utilizado muchos ejemplos, y traigo a colación uno que es dado por Krugman Paul⁷², que me parece uno de los más claros. Supongamos el caso de dos vecinos, a ambos les gusta realizar barbacoas en su jardines, pero uno de ellos lo hace escuchando música clásica, mientras que al otro vecino le desagrada ese tipo de música, a lo que resulta la pregunta ¿Quién debe ceder?, o ¿quién gana?, una posible respuesta depende de los derechos legales, si la ley dice que uno de los vecinos tiene derecho a escuchar la música que quiera, pues el otro no tiene de otra que resignarse, pero si por otro lado la ley dijera que puede escuchar su música solo con el consentimiento del otro vecino, pues no le quedaría más remedio que dejar de escuchar su música favorita mientras realiza las barbacoas.

Precisamente lo que plantea Coase, es que las leyes no tienen por qué determinar el resultado final del conflicto, pues entre ellos mismos pueden llegar a un acuerdo, si uno de los vecinos tiene derecho a escuchar la música que quiera en el jardín, el otro podría ofrecerle dinero para que no lo haga, o si por el contrario necesitara la aprobación de su vecino para poder escuchar la música, le podría ofrecer dinero a

⁷¹ Parkin Michael, (2006), "Microeconomía", Editorial Pearson Education, Ciudad de México – México. Página 367.

⁷² Krugman Paul, Wells Robin, (2007), "Introducción a la Economía", traducido por Sonia Benito Muela, Editorial Reverté S.A., Barcelona – España. Página 460.

este para que le dé su aprobación. Lo que implica el análisis de Coase es que las externalidades no tienen por qué llevarme a aparición de ineficiencias, pues se pueden negociar incentivos que beneficien a todas las partes, teniendo en cuenta dentro de las negociaciones todas las externalidades que llegaran a presentarse. Aunque es claro que todo esto, funciona solo si los costos de transacciones son bajos, cuando no lo son, es difícil que se presenten las negociaciones que ponen fin a las externalidades, volviendo al mismo ejemplo anterior, si mi vecino me exige para que pueda escuchar mi música durante la barbacoa, más de lo que vale la misma barbacoa, no será posible que las externalidades se puedan negociar.

Por otro lado, tenemos los mecanismos de solución o corrección públicos a las externalidades, que son cuando se da la regulación por parte del Estado, una de las medidas más conocidas en este punto, son conocidas como los *impuestos pigouvianos*⁷³, que consisten en establecer imposiciones al responsable de la contaminación, para que este se vea obligado a restringir su producción y demanda de insumos a niveles que sean considerados óptimos, lo que se logra cuando la imposición es igual al valor del daño marginal causado. Estos impuestos se presentan debido a las brechas presentadas entre los costes marginales sociales que se originaban como resultado de ciertos procesos productivos, como solución a esto, *Pigou* propuso que en los casos en que los costes sociales excedieran a los privados, se deberían generar impuestos para que fuera posible interiorizar la

⁷³ Orozco David, Molina Carlos, Vaco Carlos (2018), “Riesgo de desabastecimiento en la provisión de agua potable en grandes ciudades y políticas económicas ambientales híbridas”, Editorial Universidad de Antioquia, Medellín Colombia.

externalidad, mientras que cuando los costos sociales sean inferiores que los privados, entonces se debería generar una subvención. Como resultado de esto se ve una disminución en la externalidad, y se cerraba la brecha entre los costes privados y sociales.⁷⁴

Otras formas que se han analizado para superar las externalidades desde lo público, es imponer multas, lo que hace entender a las empresas los reales costos sociales de su actuar y reducir así el incentivo de estas a contaminar; otra de las soluciones que se puede encontrar es por medio de la regulación directa, donde se ponen cuotas de contaminación, donde se les permite a las empresas ciertos niveles de contaminación, sin que se sobrepasen los niveles socialmente óptimos.⁷⁵

En este sentido, tenemos que, para el servicio de agua potable, se presentan varias fallas del servicio consideradas como externalidades negativas, entre las que encontramos los vertidos de agua contaminante producto de actividades industriales, agrícolas y urbanas, que con su actuar disminuyen la calidad de las aguas perjudicando a los habitantes aledaños, sin que se presente compensación. Adicionalmente, entre más contaminación se produce en el agua, se generan daños a la fauna y flora que habitan en dichas aguas, lo que puede llegar a causar que el coste social marginal sea en algunos casos constante y creciente, causando daños

⁷⁴ Jiménez Herrero Luis M y Higón Tamarit Francisco, (2003), *“Ecología y economía para un desarrollo sostenible”*, editorial Universidad de Valencia, Valencia – España. Página 82.

⁷⁵ Stiglitz Joseph E, (2000), *“La Economía del Sector Público”*, Tercera edición, Antoni Bosch Editor, traducido por Esther Rabasco y Luis Toharia, Barcelona – España.

ambientales irreparables y escasas de agua, afectando así la provisión del servicio de agua potable.

Ahora bien, es claro que frente a estas externalidades, el Estado como director de la economía, y de los recursos naturales según la Constitución Política, debe generar mecanismos de protección, en pro de asegurar los recursos naturales, como el agua, frente a aquellos que generen contaminación por encima de los niveles óptimos sociales, y generar políticas que desincentiven el uso inadecuado del agua con su posterior vertimiento; pero para este caso, considero que también es muy importante el control social y moral que los consumidores puedan hacer frente a esas empresas consideradas como grandes contaminadoras, y que no generen acciones en pro de mejorar sus niveles de contaminación, pues esto generará incentivos para que adecuen su actuar a niveles que sean considerados socialmente óptimos.

3.1.2. Los bienes públicos.

Otra de las posibles causas de los llamados fallos del mercado es la existencia de bienes públicos. Estos por sus características peculiares hacen que el sector privado no los quiera producir por no resultar lucrativos; y, en segundo lugar, son las características que definen a estos bienes, por un lado, que no implican rivalidad en el consumo y sus beneficios no son excluyentes.

Estas características, son explicadas por Case Karl E y Fair Ray C⁷⁶, de la siguiente forma, un bien, es de consumo sin rivalidad cuando el hecho de que una persona lo consuma no interfiere con el consumo que pueda hacer otra persona del mismo bien, lo que quiere decir que los beneficios de los bienes son colectivos, y no favorecen a una persona determinada; un ejemplo que se utiliza comúnmente por los economistas para explicar esta característica, es la defensa nacional que nos beneficia a todos; el hecho de que se proteja a una persona no se menoscaba la protección que puede recibir otra, en teoría cada ciudadano esta tan protegido como podría estarlo los demás; otro ejemplo es el aire, considerado como bien público, cuando el aire se descontamina, y es respirado por una persona, no impide que otra persona lo respire. Lo que no sucede con los bienes privados que, si implican una rivalidad en el consumo, como si yo me tomo una gaseosa, otra persona ya no podrá hacer uso de esa bebida.

Así mismo, estos bienes son no excluyentes, lo que quiere decir que una vez es producido el bien, la gente no puede ser excluida de su disfrute por ningún motivo, una vez se crea el programa de defensa nacional, este deberá proteger a todos los ciudadanos y no habrá excusa para no hacerlo. Mientras que una empresa privada, para poder generar beneficios, debe contar con la posibilidad de poder excluir personas del consumo de dicho bien, por ejemplo, si una empresa privada vende alimentos, el precio de este debe ser pagado obligatoriamente antes o después de

⁷⁶ Case Karl E, Fair Ray C. (1997), "Principios de Microeconomía", cuarta edición, editorial Prentice Hall Hispanoamericana S.A., Traducido por Ángel Carlos González Ruiz, Ciudad de México. Página 417.

consumir el bien, si se dejará el pago de manera voluntariamente, seguro esta empresa ya no generaría beneficios.

El siguiente gráfico, muestra la clasificación de los bienes en relación con las características anteriormente mencionadas, en el eje horizontal se tiene la facilidad de exclusión, partiendo desde la imposibilidad de excluir a alguien del consumo del bien, mientras que en el sentido contrario se refuerza la posibilidad de exclusión. En el eje vertical se muestra el costo marginal de la provisión de un bien ya producido para su consumo por un individuo más, partiendo de un costo marginal de cero en el origen y aumentando conforme uno se dirige hacia arriba.

Gráfico 3.



Fuente: Teoría de la Regulación Económica.⁷⁷

La zona inferior izquierda nos muestra la inexistente o escasa posibilidad de exclusión y la no rivalidad, dichos bienes tienen las dos características anteriormente señaladas por lo que son descritos como bienes públicos puros. Por otro lado, cuando el bien solo tiene una de estas características se denominan bienes públicos mixtos o impuros, que se reflejan en la parte superior izquierda e inferior derecha del gráfico anterior. Estos según cada caso se tienen los de propiedad común los cuales son rivales, pero no exclusivos; y los bienes tipo club, que tienen la característica de ser no rivales, pero si exclusivos. Por último, si un bien es rival y exclusivo se entenderá que es un bien privado, que son los que se muestran en la parte superior del gráfico.⁷⁸

Ahora bien, las características de los bienes públicos tienen repercusiones que se traducen a lo económico, pues si se suman las características de no rivalidad y de no exclusión se tiene como consecuencia que los individuos dentro del mercado tiendan a sub declarar lo que estarían dispuestos a pagar por el bien público, debido a que paguen o no por este, podrán acceder al mismo, a esta posición los

⁷⁷ Dammert Lira Alfredo, Molinelli Aristondo Fiorella, Carbajal Navarro Max, (2013), *“Teoría de la Regulación Económica”*, Fondo Editorial de la Universidad San Martín de Porres, Lima – Perú. Página 46.

⁷⁸ Dammert Lira Alfredo, Molinelli Aristondo Fiorella, Carbajal Navarro Max, (2013), *“Teoría de la Regulación Económica”*, Fondo Editorial de la Universidad San Martín de Porres, Lima – Perú.

economistas la han denominado el problema del *free rider*⁷⁹, lo que conlleva a la no provisión del bien público respecto al óptimo social, por lo que los bienes públicos constituyen una falla del mercado.

Para el caso de los servicios públicos en Colombia, como el agua potable, este presenta características similares a los de los bienes privados, pues se presentan las características de exclusión y rivalidad, debido a que efectivamente el consumo que yo realice de un vaso de agua potable no podrá ser aprovechado de la misma forma por otra persona, y teniendo en cuenta que por este servicio se cobra, se da la característica de exclusión. No obstante, como se explicará más adelante, el servicio público de agua potable, tiene las características de un monopolio natural, lo que conlleva que se presenten muy pocos competidores interesados en la prestación, por lo que aunque se presentan las características de exclusión y rivalidad, para el caso colombiano, el Estado tiene que entrar a realizar inversiones en ciertas regiones, donde no hay interesados en cubrir el 100% de las inversiones para llevar el agua potable a determinados lugares.

Las soluciones que en la práctica se dan más frecuentemente para el problema de los bienes públicos, es que los mismos sean provisionados por el Estado y posteriormente sea cobrado a todos los usuarios del bien público, por medio de un impuesto fijo, con el que se financia el bien público. Así mismo se pueden realizar soluciones por medio de cobros variables, el cual dependerá del uso que se haga

⁷⁹La actitud del *free rider* o *polizón*, se da cuando una persona se beneficia de la acción colectiva de los demás, sin sufrir el costo de la participación, por lo que tiene un gran incentivo para comportarse insolidariamente. (Molano, Año 2012, Pág. 13)

del bien público, pero esto podría generar un desincentivo a la inversión pública que afectaría la financiación directa del bien. Para el caso del agua potable, se opta generalmente, por generar mecanismos que generen un cobro por la provisión del servicio, con todo lo que ello implica llevando el recurso desde la fuente hasta el consumidor y no se deja esta tarifa de manera libre, pues por las características del recurso, se tiene que limitar el consumo excesivo del bien, por lo que se generan tarifas que castiguen el consumo desmedido del agua, y a su vez cubran las inversiones en las que incurrió el prestador del servicio. En los casos en que el servicio es prestado directamente por el Estado, las inversiones se cubren parte a través de los impuestos, y otra parte por medio de lo que se cobra en la tarifa.

Una propuesta que algunos teóricos del tema han analizado, es conocida como el *equilibrio de Lindahl*, que consiste en un modelo donde se determina el equilibrio de un mercado según el bien público. Se trata básicamente de conocer la preferencia de cada uno de los consumidores por determinadas cantidades del bien público en caso de tener que pagar una cierta cantidad por cada unidad producida, es decir que básicamente se plantea en preguntarle a los ciudadanos cuanto están dispuestos a pagar por cada unidad del bien público; pero es justo de esta pregunta directa al consumidor que se genera la mayor crítica al planteamiento, pues es muy difícil encontrar sinceridad en las respuestas, si no se tiene un incentivo en esto, pues según lo planteado el impuesto aumenta con la demanda que declaran, es

decir que entre mayor sea mi interés declarado en el bien público, mayor sería el precio que tengo que afrontar por este.⁸⁰

Como se explicó, para el caso específico del servicio de agua potable, no se le aplica como tal el problema de considerarse un bien público, pues no cumple las características de rivalidad y exclusión que exige estos bienes. No obstante, por las características de monopolio natural de este servicio, la competencia es poco deseada, y en algunos casos inexistente, por lo que el Estado debe asumir inversiones para llevar el bien a algunas comunidades, y asegurar que todos los colombianos tengan acceso al servicio de agua potable, y cuando esto se presenta, se deben generar mecanismos, para que los consumidores, no generen consumo desmedido del recurso, y se puede asegurar el mantenimiento de la infraestructura desde la fuente hasta el consumidor.

3.1.3. La asimetría de información.

En cualquiera de los mercados en los que podamos pensar, nos presentamos en situaciones en que la competencia no es perfecta, pues existen problemas de información, cuando los consumidores y productores no conocen adecuadamente el precio y características de los bienes y servicios que piensan consumir o producir, porque entre ellos no se encuentran distribuida la información de forma asimétrica,

⁸⁰ Gil Ospina Armando, (2000), “*Bienes Públicos*”, Universidad Católica Popular de Risaralda, Colombia.

y se causa que uno u otro extremo de una relación mercantil este en mejor posición que el otro en la transacción, es cuando hablamos de “*asimetría en la información o problemas de información*”.⁸¹

Esta asimetría en la información, causa que no se puedan tomar decisiones de forma acertada, pues la información resulta indispensable para que la persona pueda planear y tomar decisiones a largo plazo, si no se cuenta con información, todos los agentes del mercado, incluido el Estado, tomaran decisiones que no están acordes a las realidades.

Un punto que es importante aclarar, es que todo mercado posee distintos niveles de información, y la información puede ser de todo tipo, y en la práctica sería imposible que conociera todos los datos que pueden verse relacionados con un bien o servicio, y no por esto no se van a obtener resultados competitivos, en realidad, lo que resulta importante es que todos tengan acceso a la información que se considera como relevante, la cual dependerá específicamente de cada negocio, pero puede verse relacionada generalmente con las calidades y características de los productos, que son los que nos llevan a tomar decisiones optimas en los mercados, por lo que cuando se hace referencia a asimetría en la información nos referimos a la relevante. En esta relación bilateral entre las partes, se denomina agente a la parte que posee más información, y a la que tiene menos información se le denomina principal.

⁸¹ Rodríguez Cairo Vladimir, (2013), “*Fallas de Mercado y Regulación Económica*”, Revista de la Facultad de Ciencias Contables, Vol. 21 No. 39 pp. 99-111, Lima – Perú.

Las asimetrías de la información se pueden clasificar en selección adversa y en riesgo moral. Hablamos de selección adversa, cuando el agente tiene más información de la que posee el principal antes del inicio de la relación, por lo que habría una selección adversa. Normalmente los compradores no tienen la posibilidad de apreciar la calidad completa de los productos antes de comprarlos, solo conocen la calidad del productor cuando ya paso algún tiempo de que se esté utilizando el bien, por lo que en estos casos hay una asimetría en la información adversa, pues, aunque yo no conozco como comprador la calidad del bien, resulta que el vendedor si conoce la calidad del producto que está vendiendo.⁸²

Un ejemplo clásico, que es muy utilizado para explicar el problema de la selección adversa, es el modelo de propuesto por *Akerlof*⁸³, donde por medio del mercado de autos de segunda mano se explica este modelo. Un comprador potencial no conoce con seguridad el estado real de un automóvil usado, si este se encuentra en buenas o malas condiciones, es algo que al comprador resulta muy difícil saber. EL vendedor por otro lado tiene un conocimiento mucho más preciso respecto a las características y el estado de dicho bien, pero eso no quiere decir, que el vendedor esté dispuesto a revelar la información que tiene, y menos si dicha información puede estar relacionada con una baja en el precio del bien, lo que conlleva a que en el mercado de segunda mano sea difícil encontrar coches de buena calidad, pues

⁸² Usategui José Maria, (1999), “*información asimétrica y mecanismos de mercado*”, Revista Ekonomiaz No. 45, Revista Vasca de Economía. País Vasco – España.

⁸³ **George Arthur Akerlof** (n. 17 de junio de 1940) es un economista estadounidense, profesor de economía en la Universidad de Berkeley.

la mayoría no tendrían las mejores condiciones.⁸⁴ En este caso, los vendedores de los automóviles usados en mejores condiciones estarían dispuestos a recibir un precio determinado, que no podría ser inferior, pues no habría beneficio; pero resulta que los compradores, desconocen las calidades de los automóviles, por lo que ofrecerán una media por los vehículos, con lo que los automóviles de mala calidad, que estarían dentro de esa media serían los que se venderían, pero los de buena calidad, quedarían excluidos del mercado, pues no pueden ser vendidos al valor de la media que ofrecen los compradores.

Frente a la selección adversa, existen dos formas de solución que se pueden dar desde lo privado, que son conocidas como señalización (*signalling*) y el escudriñamiento (*screening*). La primera posibilidad, consiste en enviar señales claras sobre las características de lo que ofrecen, constituyéndose así la teoría de la señalización, que es un aporte de Spence⁸⁵, quien muestra que en las transacciones que se llevan a cabo entre las partes, pueden existir mejores resultados si se señala adecuadamente la información privada a aquellos que conocen menos, por lo que, quien tiene más información envía “señales” al que tiene menos información. Retomando el caso pasado de la venta de automóviles,

⁸⁴ Ramoneda Antonio Serra, (2003), “*Mercados, Contratos y Empresas*”, segunda edición, Publicaciones de la Universidad Autónoma de Barcelona, Bellaterra - Barcelona.

⁸⁵ **Michael Spence** (nacido el 7 de noviembre de 1943) es un economista y profesor canadiense. Fue laureado con el Premio del Banco de Suecia en Ciencias Económicas en memoria de Alfred Nobel en el año 2001, junto a George Akerlof y Joseph E. Stiglitz por sus trabajos sobre información asimétrica en los mercados.

los vendedores buenos son los interesados en enviar buenas señales, y aunque los malos vendedores también lo querrán hacer estos solo lograrán engañar al comprador. Por lo que se tiene que lograr que solo los agentes buenos estén interesados en enviar señales, pues sería demasiado costoso para los malos vendedores enviarlas. Por ejemplo, si yo tengo un auto usado de buena calidad sé que puedo ofrecer una garantía por un buen tiempo para el comprador, pero si vendo autos de mala calidad, sería muy costoso para mi ofrecer garantías a los autos, pues los de mala calidad se van a descomponer rápidamente. En ultimas lo que causan estas señales es que nos acerquemos a la información simétrica, mejorando el funcionamiento del mercado. ⁸⁶

La segunda solución desde lo privado se puede dar desde el escudriñamiento. En este caso, la parte que se encuentre en peor situación frente a la información trata de obtener de forma indirecta información de los agentes mejor informados, ofreciéndoles beneficios para que los mejores informados le den los datos que se consideran privados.

⁸⁶ Rodríguez Sánchez Ma. Teresa, (2001), “*PREMIO NOBEL DE ECONOMÍA 2001: EL LIBRE MERCADO NO FUNCIONA*”, Revista Momento Económico, No. 118, noviembre – diciembre de 2001, Pág. 47-56.

Stiglitz⁸⁷, es una de las referencias clásicas de este tipo de problemas, el cual explicó este tema por medio del análisis de las compañías de seguro⁸⁸. La compañía de seguros no sabe si asegurar a personas que tienen una alta probabilidad de muerte o que, aunque sanos prefieren cubrir una eventualidad. Si se ofreciera el mismo modelo de contrato para todos, solo las personas enfermas tendrían interés en asegurarse, lo que llevaría a problemas económicos a la empresa de seguros. La solución busca, que se creen contratos de seguros que combinen de manera eficiente los diferentes niveles de prima y de garantías, para poder clasificar a las personas de acuerdo con cada situación y comportamiento con respecto al riesgo, y en este sentido los agentes que tienen más información se revelan autoseleccionándose en los contratos que le generen mayor utilidad, y que fueron diseñados para ellos.

Por otro lado, frente a la asimetría de la información, tenemos lo que se denomina el riesgo moral, la cual se presenta cuando el principal tiene dudas respecto de las acciones que puede efectuar el agente, y dichas acciones no pueden ser corroboradas por el principal. Por ejemplo, retomando el tema de los seguros, se

⁸⁷ **Joseph Eugene Stiglitz** (Gary, Indiana; 9 de febrero de 1943) es un economista y profesor estadounidense. La investigación más famosa de Stiglitz es sobre el screening, una técnica usada por un agente económico para extraer la información privada de otro. Esta importante contribución a la teoría de la información asimétrica le valió compartir el Premio del Banco de Suecia en Ciencias Económicas en memoria de Alfred Nobel en 2001 con George A. Akerlof y Michael Spence.

⁸⁸ Rodríguez Sánchez Ma. Teresa, (2001), “*PREMIO NOBEL DE ECONOMÍA 2001: EL LIBRE MERCADO NO FUNCIONA*”, Revista Momento Económico, No. 118, noviembre – diciembre de 2001, Pág. 47-56.

presenta el riesgo moral, cuando se asegura a una persona frente a algún riesgo, como un seguro de vida, pero el asegurado incurre constantemente en prácticas peligrosas, que son imposibles de conocer por la aseguradora, y no son revelados por el asegurado, en este caso se presenta riesgo moral.⁸⁹

En este tipo de casos, las aseguradoras, deberían realizar mecanismos mediante los cuales puedan brindar los incentivos correctos para que los asegurados actúen como ellos esperan, como que no se aseguren los riesgos completos, o la posibilidad de que no se pague la póliza en ciertas situaciones, lo que llevaría a que el asegurado actúe de manera más precavida.

Específicamente para el sector del agua potable, quien actúa como agente son las empresas prestadoras de servicios públicos, y los consumidores actuamos como principales. Generalmente se presentan asimetrías en la información, porque los usuarios no conocemos los niveles de productividad, el costo de producción por m³ de agua potable, cual es el nivel de acceso al agua potable, si se tienen o no planes de expansión, entre otros aspectos. En este sentido, el Estado puede intervenir para mejorar las fallas, haciendo que los prestadores deban brindar la información y las condiciones bajo las cuales se brinda el servicio, como las condiciones de calidad, la potabilidad, la continuidad, y otros aspectos importantes para el servicio de agua potable.

⁸⁹ Bodie ZVI, Merton Robert C, (2004), "*Finanzas*", Traducido por Francisco Reyes Guerrero, Editorial Pearson Educación, Estados Unidos.

En este sentido, en el momento en que las empresas prestadoras de servicios públicos definen la tarifa que cobraran para el suministro de agua potable, deben dar a conocer a los usuarios la información acerca de los costos que componen la tarifa, de lo contrario se presentarían problemas de asimetría de la información. Para el caso colombiano, la comisión correspondiente que para este caso es la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico – CRA, la cual exige que los prestadores del servicio, determinen con base en un estudio detallado, los costos por cada una de las actividades involucradas en el contrato, de acuerdo con la metodología tarifaria aplicable.

Adicionalmente, en pro de disminuir las asimetrías de información que se pueden presentar entre el prestador y consumidor del servicio, el gobierno colombiano a través de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, ha creado sistema como el “*Sistema Único de Información – SUI*”, donde los prestadores de servicios deberán reportar información referente a excedentes de capacidad; compromisos de suministro; costos medios de referencia por actividad, entre otras de utilidad para los usuarios.

Los mecanismos de control analizados anteriormente de “*señalización*” o “*escudriñamiento*”, debido a las características del servicios de agua potable, no resultan efectivas, pues en este servicio, yo no tengo opción de elegir quien me preste el servicio, o de elegir la calidad del servicio que me están prestando, básicamente me encuentro obligado a contratarlo, debido a sus características de monopolio natural, en este sentido, las partes, no pueden generar mecanismos directos para que la información sea revelada, por lo que ante esta característica,

es obligatorio, que el que deba entrar a disminuir esta asimetría sea el Estado, quien en este caso, por medio de normas, obligue a los prestadores de servicios a revelar la información real del costo de sus actividades, y a su vez ejerza control, inspección y vigilancia para establecer si estos costos corresponden a la realidad.

3.1.4. Las barreras de entrada.

Cuando nos encontramos en mercados libres, se asume que nos encontramos en condiciones de competencia óptimas, lo que implica que los empresarios o intervinientes en el mercado tienen libre entrada o salida de este. Para Plaza Crisanto⁹⁰, la competencia es el eje fundamental sobre el que se desarrolla la regulación, y uno de los indicadores para revisar el nivel de competencia en la regulación son las denominadas barreras de entrada.

En el mismo texto señala Plaza Crisanto⁹¹, que las principales definiciones de Barreras de entrada se deben a *Bain*⁹² (1956), y a *Stigler*⁹³ (1968), el primero de

⁹⁰ Plaza Crisanto, (2015), *“Ensayo Sobre la Regulación Tecnológica: La era digital en Europa”*, Editorial Taurus, Madrid – España. Página 475.

⁹¹ Ídem

⁹² Joe Staten Bain (1912-1991) fue un economista estadounidense. *Quien* contribuyó en gran medida en materia de gestión estratégica y sus libros “Pricing, Distribution and Employment: Economics of an Enterprise System” (Precios, distribución y empleo: economía de un sistema empresarial) de 1948 y “Price Theory” (Teoría de los precios) de 1952, destacan como su obra más importante con respecto a este campo.

⁹³ **George Joseph Stigler** (17 de enero de 1911, Renton, Washington, - 1 de diciembre de 1991, Chicago) fue un economista, intelectual estadounidense y profesor de la Universidad de Chicago. Fue pionero de la "economía de la información" y de la "economía de la regulación". Asoció las variaciones de precios entre mercados a la existencia de información pertinente, señalando cómo los

ellos por su parte, define las barreras de entrada como los factores que permiten que al incúmbete o empresa establecida obtenga beneficios extraordinarios elevando el precio por encima del nivel competitivo sin inducir a nuevas empresas a entrar al sector. Stigler, por su parte, indica que estas barreras corresponden a los costes de los que están libres las empresas que ya están en el mercado, pero en los que tienen que incurrir las empresas que quieren entrar.

Las barreras de entrada encuentran distintas clasificaciones entre la teoría económica, a continuación, relacionare algunas de estas barreras:

- **Barreras legales a la entrada:** las barreras legales generan lo que se conoce como un monopolio legal, que se constituye como un mercado donde la competencia y la entrada de nuevos competidores o empresas al mercado, se encuentran restringida por autorización del Estado, sea por una franquicia pública, una licencia gubernamental, una patente o por derechos de autor. Por medio de alguna de estas modalidades se le entregan derechos exclusivos a una empresa para que ofrezca un determinado bien o servicio; o se limita la entrada a ocupaciones profesionales, y aunque no siempre generan monopolios, si restringe la competencia.⁹⁴

mercados que son poco transparentes tienen su consecuencia en altos precios y en grandes beneficios para los agentes que disponen de información. En cuanto a la regulación pública, pasó a incorporarla al interior del sistema económico, señalando cómo los grupos de presión intentan canalizarla en provecho propio, lo que le llevó a defender la no intervención pública. Entre sus principales trabajos destacan *Teoría de los precios* (1942) y *El ciudadano y el Estado* (1975).

⁹⁴ Parkin Michael, (2004), "Economía" Editorial Pearson Educación, Sexta Edición, México. Página 258.

- **Las Economías de Escala:** este tipo de economías se vienen presentando como un fenómeno que genera barreras de entrada. Son varios los factores que industrialmente pueden generar este tipo de economías, cualquier proceso industrial que este dirigido a reducir los costes unitarios por medio del aumento de producción, puede considerarse como una economía de escala; pero lo que en principio parece apenas obvio para una empresa para considerarse competitiva, puede constituirse como una barrera de entrada para una nueva empresa que quiera entrar al mercado, y que pueda llegar a convertirse en una posible competidora, pues sus costos de producción serán mucho más altos que la empresa existente, que ya tiene una capacidad instalada mucho más grande, causando que la nueva empresa no pueda poner sus bienes o servicios en el mercado a un precio competitivo.⁹⁵
- **Barreras estratégicas:** estas barreras surgen de la posición que tienen la empresa que se encuentra ya constituida frente a la empresa que quiere entrar al mercado, lo que hace que las primeras adopten comportamientos estratégicos que terminan por no dejar entrar nuevos competidores o sacarlos rápidamente del mercado. Algunas de estas acciones consisten por ejemplo en constituir precios límites; elevar los costos de los rivales; la imposición de los conocidos precios predatorios, que consiste en aprovechar la buena situación de la empresa constituida, para bajar tantos los precios de

⁹⁵ Steinberg Federico, (2004), “*La Nueva Teoría del Comercio Internacional y la Política Comercial Estratégica*”, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid – España. Pagina 63.

los bienes o servicios, que el negocio no será rentable para el que piense competirle; o la diferenciación del productor.⁹⁶

- **Barreras tecnológicas:** hablamos de este tipo de barreras, cuando hablamos de las ventajas que en su operación presentan las empresas que ya se encuentran constituidas, pues al estar ya en determinada actividad económica ya tienen conocimiento frente a la producción de determinado bien y servicios, o han desarrollado una forma única de crear o vender dicho bien o servicio, lo que se conoce como *knowhow*.⁹⁷

Soluciones a las Barreras de entrada, se pueden dar varias desde lo estatal, por ejemplo, que por medio de la regulación se combata cualquier actividad que pudiera llegar a generar una concentración abusiva, como regular los precios de los mercados que son considerados monopolios naturales, o combatir los abusos de posición dominante, o los acuerdos horizontales de cualquier tipo.

En el caso del agua potable, una de las barreras de entrada más grandes que encuentra es que se constituye como un monopolio natural, característica que impide la entrada continua de nuevos competidores, por lo que a continuación, se analizara el tema de los monopolios naturales, teniendo en cuenta que de este aspecto se desprenden cualidades distintas a las de cualquier otro mercado, que

⁹⁶ Dammert Lira Alfredo, Molinelli Aristondo Fiorella, Carbajal Navarro Max, (2013), “*Teoría de la Regulación Económica*”, Fondo Editorial de la Universidad San Martín de Porres, Lima – Perú. Página 55.

⁹⁷ Ídem.

hacen que analizar este punto, resulte de suma importancia para la presente investigación.

3.1.5. El monopolio natural como falla del mercado en el servicio de agua potable.

Una de las primeras personas que se refieren al monopolio natural es Richard Posner⁹⁸, él se centró en la visión de la existencia de este tipo de monopolios, indicando que estos se presentan cuando la demanda se puede satisfacer sin la existencia de varios productores, pues con la existencia de un solo productor puede operarse mejor como mecanismo regulador, en estos se presenta una situación particular en la que con la existencia de varios productores no sería posible llegar al óptimo social⁹⁹, por lo que la introducción de competencia no es deseable.

Este tipo de monopolios se encuentra normalmente en mercados donde para entrar, los interesados tienen que realizar grandes inversiones, como en redes e infraestructura, aspecto que se evidencia en el servicio de agua potable, donde el

⁹⁸ Richard Allen Posner (11 de enero de 1939, New York City) es abogado norteamericano y juez en la Corte de Apelaciones del séptimo circuito, en Chicago, Estados Unidos. Es además, profesor en la Escuela de Derecho de la Universidad de Chicago y uno de los principales exponentes del movimiento del Análisis Económico del Derecho.

⁹⁹ (...)el óptimo social, se presenta en la situación en la que la riqueza de una sociedad está distribuida de forma que proporcione la máxima utilidad total, se consigue cuando toda la riqueza está distribuida a partes iguales entre todos los individuos. <https://www.juntadeandalucia.es/averroes/centros-tic/14002996/helvia/aula/archivos/repositorio/250/271/html/economia/4/optimo.htm>

prestador debe incurrir en grandes inversiones de infraestructura para poder llevar el recurso desde la fuente hasta el consumidor.

Adicionalmente, no se encuentran incentivos de ningún tipo que ayuden a la llegada de nuevos competidores, lo que se suma a que el ingreso de nuevos competidores es ineficiente, pues teniendo en cuenta que los costos medios tienden a 0, resulta mejor que exista un solo competidor, que aumente las cantidades y como consecuencia baje los precios. Por ejemplo, para el caso del servicio de agua potable, las inversiones realizadas se trasladan al usuario en la tarifa, y el valor de las inversiones se dividen entre los usuarios conectados a la red de distribución, por lo que entre más usuarios se encuentren conectados a la red de distribución, los costos trasladados al usuario serán cada vez menores.

Spencer¹⁰⁰, señala que el monopolio natural se presenta cuando una empresa experimenta economías de escala crecientes; costos de producción decrecientes a largo plazo; y un amplio margen de producción, lo que permite a la empresa suplir la demanda con precios más bajos que el que pudieran ofrecer varias empresas.

Muchos son los ejemplos que se pueden encontrar respecto a este tema, donde encontramos servicios como el de agua potable; gas; electricidad; entre otros que se convierten en ejemplos clásicos de monopolios naturales. La infraestructura y

¹⁰⁰ Spencer M. H, (1993), "*Economía Contemporánea*", traducido por Berta Morata, Editorial Reverté, Barcelona España. Página 490.

tecnología que se debe utilizar en general para los servicios públicos de este tipo es tal, que una vez se establecen las instalaciones de los costos fijos, los servicios adicionales al cliente reducirán el costo total promedio en una amplia extensión de la producción y permitiendo la construcción de más infraestructura logrando que a largo plazo se reduzcan los costos promedios.

Resulta importante resaltar, que no todos los servicios públicos son considerados como monopolios naturales, pues existen otros servicios que son considerados como públicos, pero que no funcionan bajo la perspectiva del monopolio natural, como lo son los servicios de transporte aéreo, o terrestre. Por lo general para que puedan ser considerados como monopolios naturales, deben conservar características tales como que, se presenten como economías de escala en firmas uniproducción; economías de escala en firmas multiproducción; altos costos de inversión inicial; bienes no almacenables, entre otras que son fácilmente encontradas en las industrias de servicios públicos domiciliarios.

Así pues, podríamos llegar a concluir que la forma de identificar si se trata de un monopolio natural o no, depende en determinar si a la sociedad en general y a los usuarios de determinado bien o servicio, les es más provechoso tener una empresa generando oferta en el mercado o varias, lo que podríamos conocer si conocemos y analizamos la estructura de costos de las empresas.

Cuando los costos totales de producción de una sola empresa son inferiores a los de varias empresas produciendo la misma cantidad de bienes o servicios estamos

hablando de monopolio natural, y esto se convierte en una condición indispensable, la cual es conocida como subaditividad de la función de costos.¹⁰¹

La Subaditividad, indica que cuesta menos producir los distintos elementos que conforman un solo producto en forma conjunta que en forma separa, lo que normalmente se presenta en economías de escala.¹⁰²

Se pone en relación los costos medios de la empresa que actúa como monopolio frente a los costes de cada una de las demás empresas, y resulta que los costes totales de la primera son menores a la suma de los costes parciales que resultan de la división de la producción de varias empresas.¹⁰³.

Frente a los aspectos determinantes de la subaditividad en función de los costos para, Dammert, Molinelli, y Carbajal¹⁰⁴, el monopolio natural definido a través de la función de costos presenta dos determinantes, que consideran ellos que son los principales, la tecnología y la demanda.

¹⁰¹ Dammert Lira Alfredo, Molinelli Aristondo Fiorella, Carbajal Navarro Max, (2013), *“Teoría de la Regulación Económica”*, Fondo Editorial de la Universidad San Martín de Porres, Lima – Perú. Página 90.

¹⁰² Días Bautista Alejandro, (2005), *“Experiencias Internacionales en la Desregulación Eléctrica y el Sector Eléctrico en México”*, Editorial Plaza y Valdés S.A. de C.V., Tijuana – México. Página 53.

¹⁰³ Plaza Crisanto, (2015), *“Ensayo Sobre la Regulación Tecnológica: La era digital en Europa”*, Editorial Taurus, Madrid – España.

¹⁰⁴ Dammert Lira Alfredo, Molinelli Aristondo Fiorella, Carbajal Navarro Max, (2013), *“Teoría de la Regulación Económica”*, Fondo Editorial de la Universidad San Martín de Porres, Lima – Perú. Página 98.

Frente al primero de estos aspectos, se menciona que claramente existe un componente tecnológico dentro de la Subaditividad de la función de costo, ya que este aspecto puede ayudar a determinar si una industria se reconoce como un monopolio natural. Así mismo, un cambio tecnológico puede coadyubar para ampliar el rango de Subaditividad de una empresa.

Por otro lado, tenemos la demanda, que adicional al componente tecnológico, el tamaño y la forma de la demanda tienen mucho que ver como la existencia de un monopolio natural, ya que las economías de escala se agotarán al llegar a algún nivel de producción. En este sentido, un mercado que tenga una demanda naciente o incipiente en principio podría ser considerada como un monopolio natural, pero conforme va madurando el mercado puede que este deje de ser considerado como tal, pues puede ser que se registre un gran crecimiento en la demanda.

De todo lo anterior, podemos observar, que para que una industria sea comprendida como un monopolio natural, este debe presentar Subaditividad de la función de costos, por lo que cuando hablamos de Subaditividad de costos se podría afirmar que hay monopolio natural y viceversa.

Adicionalmente, como lo vimos anteriormente, existen algunas condiciones que se consideran suficientes para afirmar la existencia de un monopolio natural, como lo son las economías de escala. Ahora bien, la Corte Constitucional Colombiana, señala que la corrección de las fallas de los mercados forma parte de los fines de la regulación, pues el adecuado funcionamiento del mercado es uno de los fines que el Estado persigue por medio de la regulación económica, y en concordancia con el artículo 334 de la Constitución Política de Colombia, el Estado deberá intervenir

para racionalizar la economía, fomentar el desarrollo y promover la productividad y la competitividad, lo que incluye en virtud del artículo 78 ídem, la obligación de que por ley se regule el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización.¹⁰⁵ Para el caso, la Corte Constitucional señala textualmente lo siguiente:

“(...) la intervención estatal se justifica cuando el mercado carece de condiciones de competitividad o para proteger al mercado de quienes realizan acciones orientadas a romper el equilibrio que lo rige, fenómenos ambos que obedecen al concepto de "fallas del mercado". En efecto, el análisis de este fenómeno permite concluir que la regulación del mercado por parte de los órganos respectivos, es uno de los mecanismos de los que dispone el Estado para proporcionar respuestas ágiles a las necesidades de sectores que, como el de los servicios públicos, se encuentran sujetos a permanentes variaciones. La corrección del mercado por medio de la regulación es una tarea entre cuyas funciones –además de perseguir condiciones básicas de equidad y solidaridad como ya se analizó– se encuentra la de propender por unas condiciones adecuadas de competitividad. Por eso la Corte ha dicho que “[l]a regulación que hagan las comisiones respectivas sobre las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios, sin tener una

¹⁰⁵ Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C- 150 de 2003, Magistrado Ponente Doctor Manuel José Cepeda Espinosa.

*connotación legislativa, implica la facultad para dictar normas administrativas de carácter general o particular, de acuerdo con la Constitución, la ley, el reglamento y las directrices presidenciales, dirigidas a las personas que prestan servicios públicos domiciliarios para lograr su prestación eficiente mediante la regulación de monopolios y la promoción de la competencia"*¹⁰⁶

En este sentido, tenemos que la existencia de estas fallas del mercado, causan que las empresas no tengan interés en llevar sus inversiones a estos sectores, razón por la cual, cuando existen pocos interesados en competir, se hace necesario que por vía regulación se incentive la competencia o se regule el monopolio natural que se forme, por lo que se justifica la intervención del Estado para solucionar las fallas del mercado.

CAPÍTULO 4. REGULACIÓN DE MONOPOLIOS NATURALES.

Del desarrollo del esquema antes mencionado, se logra establecer la naturaleza de la prestación de servicios públicos como el de distribución de agua potable, que por sus características, se constituye como un monopolio natural, lo que implica casi que de manera forzosa la intervención del Estado en protección de los consumidores, pues no existen los prestadores suficientes para generar

¹⁰⁶ Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C- 389 de 2002, Magistrada Ponente Doctora Clara Inés Vargas Hernández.

competencia, que genere a su vez la oferta del servicio en condiciones competitivas de mercado, pues para este servicio público es preferible que exista un solo prestador a que existan varios prestadores.

En el caso del agua potable, una de las barreras de entrada más grandes que encuentra es que se constituye como un monopolio natural, que impide la entrada continua de nuevos competidores, por lo que a continuación, se analizarán algunas formas que se han analizado para la regulación de este tipo de monopolios naturales.

No sin antes reiterar, que el monopolio natural se presenta cuando una empresa experimenta economías de escala crecientes; costos de producción decrecientes a largo plazo; y un amplio margen de producción, lo que permite a la empresa suplir la demanda con precios más bajos que el que pudieran ofrecer varias empresas, lo que es conocido como, la Subaditividad, que se considera una de las condiciones para que un monopolio natural se considere óptimo, mientras que si existen economías de escala, esta es una condición suficiente pero no necesaria para que un monopolio natural sea sostenible.

Así pues, teniendo en cuenta que, en este tipo de servicios, no es conveniente que exista competencia, es necesario que se analicen las formas que se tienen de regular estos monopolios, atendiendo que no es posible que los precios del servicio se fijen por oferta y demanda.

Cuando se aborda el tema de la regulación de monopolios naturales, en principio se encuentra como referente el trabajo de *Baron y Myerson* y su obra "*Regulating a*

*Monopolist With Unknown Costs*¹⁰⁷, quienes asumen que el regulador no conoce los verdaderos costos del monopolio, razón por la cual el problema principal se centra en los problemas de asimetría que existe entre el regulador y el regulado frente a los costos y a la demanda. Como se explicó anteriormente, cuando hablamos de asimetría de la información, damos por entendido que una de las partes posee más información que la otra, lo que genera fallas del mercado como la existencia de monopolios naturales, lo que hace que se justifique la intervención del gobierno como regulador para evitar que las personas se comporten como monopolistas.

4.1. REGULACIÓN DE MONOPOLIOS NATURALES CON INFORMACIÓN COMPLETA.

Hablamos de regulación de monopolios naturales con información completa, cuando el regulador conoce la estructura de costos de la firma y está en la capacidad de monitorear el desempeño de estas, esquemas que se usan por lo general en la regulación de empresas públicas, pues se permite acceso veraz a la gestión de las firmas o empresas prestadoras de los servicios.¹⁰⁸

La Regulación de precios dentro de un monopolio natural representa varios obstáculos para el regulador, como que los precios sean óptimos y logren generar

¹⁰⁷ Baron, David P. y Roger B. Myerson (1982). “*Regulating a Monopolist with Unknown Costs*”. *Econometrica*, Vol. 50, No. 4, pp. 911-930.

¹⁰⁸ Pombo Carlos, (2004) “*Regulación de Monopolios Naturales con Información Asimétrica: Una Introducción*” *La regulación Económica: Tendencias y Desafíos*, Capítulo III, Pág. 61-80, Universidad del Rosario, Bogotá D.C., Colombia.

bienestar a la sociedad; la equidad; o si los precios dados a las empresas son sostenibles. En respuesta a estos obstáculos que se presentan por el regulador, se han propuesto varias estrategias, de las cuales serán explicas algunas a continuación:

4.1.1. FIJACIÓN DE PRECIOS DE PRIMERO OPTIMO VERSUS SEGUNDO ÓPTIMO.

En los monopolios naturales, suele suceder que se cuenta con grandes montos de inversión y elevados costos fijos, y puede suceder que al momento de regular los precios no se logren cubrir estos costos, por lo que las empresas reguladas podrían terminar sin financiamiento para pagar su infraestructura, ampliarla o mantenerla.

Según lo expresado por *Silva*¹⁰⁹, la fijación de los precios óptimos en empresas públicas tiene una larga historia en la que han influido un gran número de autores, dentro de los que nombra a Dupuit (1844), quien por medio del análisis de obras públicas pudo definir los excedentes del consumidor frente a los costos marginales iguales a cero. Este último planteó que, al imponer un peaje sobre una carretera o puente, las personas dejarían de utilizarlo, lo que se traduciría en una pérdida neta de los beneficios totales, así pues, introduce la idea de fijación optima de precio igual al costo marginal, al plantear el beneficio social que se presentaría si no se cobrara por el peaje y el daño ocasionado si se hiciera.

¹⁰⁹ Silva Ruiz José, (2010), *“La eficiencia y la equidad en la fijación de precios de los servicios públicos: evolución de la teoría de la tarifa óptima en dos partes y el caso del servicio de agua potable”*, Revista CIFE 16, Pág. 95-121, Bogotá – Colombia.

Específicamente frente al problema de financiamiento de las obras por la fijación de precios iguales al costo marginal, *Silva*¹¹⁰, indica que autores como Hotelling (1938), sugirieron el uso de impuestos no distorsionados para cubrir las diferencias entre los ingresos y costos totales, en el caso de que precio y costo marginal fueran iguales. Bajo el mismo ejemplo de los peajes, *Hotelling* indica que el puente sería más usado si no se cobra un peaje, y se financia este con impuestos no distorsionadores. Adicionalmente contemplo la posibilidad de implementar esquemas de precios discriminatorios con cambio en los precios relativos, que es lo que puede ocurrir por ejemplo en los servicios públicos cuando se hace uso de estos en horas pico.

Otra alternativa que surgió para financiar las pérdidas que se pueden presentar por la fijación de precios, es que se brinden subsidios por parte del gobierno, para que se cubran sus costos fijos y se alcance el primer mejor¹¹¹, no obstante, si esto se hace los impuestos deben ser recaudados a través de impuestos, lo que distorsionaría los resultados en dichos mercados generando pérdida de bienestar social. Adicionalmente, frente a esta posición, *Allais* (1947), plantea que por medio de estos subsidios se podría generar un incentivo perverso para que las empresas, que generaría que se subsidien además de los costos fijos, también las posibles ineficiencias de la compañía regulada.

¹¹⁰ ídem

¹¹¹ Cuando se logra el máximo bienestar social, el cual se obtiene de establecer un precio en el punto donde la demanda y los costos marginales se cruzan, alcanzando el nivel de producción de competencia, y se logra lo que se llama primer mejor o primer óptimo.

4.1.2. TARIFAS RAMSEY.

Esta tarifa o precio, implica que, si se fuera a gravar con un impuesto un bien o servicio, el impuesto más alto deberá ser asignado a aquellos que independientemente del impuesto seguirán siendo demandados, es decir cuando se presenta una relación inelástica entre el precio y demanda; por otro lado, los impuestos más bajos, deberán ser asignados a los bienes y servicios que presentan elasticidad entre el precio y la demanda.

En ese sentido, los precios Ramsey indican que cuando las personas tienen una menor sensibilidad al precio, tendrán que contribuir más que aquellos que tienen una mayor sensibilidad. La menor sensibilidad a los precios se puede deber a la baja posibilidad de encontrar sustitutos, altos costos de cambios, falta de información, entre otros. Lo anterior no sucede con los consumidores que tienen una mayor sensibilidad que presentan una menor necesidad del bien ya sea porque cuentan con más sustitutos o el bien no resulta tan indispensable para ellos.

Estas tarifas, tienen como objeto principal maximizar el bienestar de la sociedad con la condición de que la empresa no obtenga pérdidas. Este bienestar social, es definido como la sumatoria de los excedentes del consumidor generados en la producción de cada uno de los bienes que produce y vende el monopolista regulado. Según esta regla de fijación de precios, el monopolista para maximizar sus beneficios eleva los precios por encima de los costos marginales hasta donde se lo permita la inversa de la elasticidad de la demanda, es decir aquel punto donde la diferencia entre sus ingresos y costos totales es la máxima posible, pero en el caso de la regla de precios Ramsey – Boiteux, esta desviación esta acostada por el

llamado número Ramsey, que es una fracción que va entre 0 y 1, indicando que habrá una desviación en los costos marginales, pero que no es el valor que genera el beneficio máximo posible, sino solo lo suficiente como para que la empresa logre cubrir sus costos fijos. En este sentido, el monopolista fijará sus precios de acuerdo con la regla de elasticidad inversa, al igual que lo hacía en el caso de maximizar sus utilidades, pero en este caso el regulador modifica dicha regla para el que monopolista fije precios que sólo se permiten cubrir sus costos.¹¹²

Así pues, estos precios serán mayores a los precios del primer mejor o primer óptimo, por lo tanto, generarán un menor excedente del consumidor que en dicho caso, serán los menores precios posibles que permitirán cubrir los costos totales de la empresa siguiendo el criterio de precios de segundo mejor, y estos precios serán menores que los precios que fijará el monopolista libremente, pues este número Ramsey, como se indicó anteriormente es una fracción entre 0 y 1.

4.1.3. PRECIOS LIBRES DE SUBSIDIOS.

Frente a la anterior metodología de fijación de precios, se puede presentar que el monopolista, para generar mayores ganancias, genere subsidios cruzados a los diferentes bienes o servicios que produce, generando beneficios para él, pues se podría generar fijación de precios muy baja para los bienes o servicios donde más presenta competencia, y precios muy altos para los segmentos donde no tiene

¹¹² Dammert Lira Alfredo, Molinelli Aristondo Fiorella, Carbajal Navarro Max, (2013), *“Teoría de la Regulación Económica”*, Fondo Editorial de la Universidad San Martín de Porres, Lima – Perú. Páginas 145-147.

competencia, convirtiéndose esta posibilidad en una estrategia que puede convertirse predadora frente a otros competidores, que podrían llegar a salir del mercado en los segmentos donde los precios fijados son muy bajos.

Considerando la importancia de la identificación de precios libres de subsidio en contextos como el anterior, propuso un test para determinar qué precios están exentos de subsidios, el test de costo incremental y el test denominado “*stand alone*”. En el primero de los casos, se considera que el precio del bien satisface el test, si el ingreso generado por este es mayor o igual al incremento que se produce en el costo por producir el bien, es decir que el ingreso de la venta del bien debe cubrir por lo menos el costo adicional de producir el bien, de no ser así de podría inferir que algún producto debe estar siendo subsidiado. En el segundo de los casos, el llamado *Stand Alone*, propone que el ingreso proveniente de la venta del bien debe cubrir los costos de producción del bien incluyendo los costos fijos que pueden servir para producir otros bienes, de no ser así, podríamos establecer que algún bien está siendo subsidiado.¹¹³

4.1.4. PRECIOS SOSTENIBLES.

Los precios de los monopolistas son regulados para asegurar el máximo bienestar social posible, sin embargo, los precios óptimos que se pueden establecer no aseguran necesariamente que opere una sola empresa en el mercado, que es lo

¹¹³ Gallardo José, (1999), “*Disyuntiva en la Teoría Normativa de la Regulación: El caso de los Monopolios Naturales*”, Documento de trabajo No 164, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima – Perú. Páginas 21-22.

deseable en los casos de monopolios naturales, por lo que hablamos de que no se presentan precios sostenibles o sustentables.¹¹⁴

En el caso de que los precios fijados no sean sostenibles, es necesario que además de la regulación de los precios, se dé una regulación estructural, que en caso de que permitan la entrada de otros competidores, se controle la entrada de estas a través de mecanismos legales como por ejemplo las concesiones, permisos, licencias, patentes, u otras modalidades.

Para que el vector de precios de un monopolio natural sea sostenible se debe cumplir que la empresa con potencial de entrada no pueda cubrir toda la demanda del mercado, que pueda fijar precios menores que el que actualmente se encuentra establecido, y que dentro de estas condiciones pueda generar beneficios no negativos. Cuando se trata de monopolios fuertes, donde no es posible la entrada de nuevos competidores que cumplan con estas condiciones se da la sostenibilidad, pero en el caso de los monopolios naturales, donde es posible que entren otros competidores, pero donde esto no se considera conveniente, se hace necesario que se regule la entrada al mercado pues los precios fijados no son considerados sostenibles.

4.1.5. FIJACIÓN DE PRECIOS NO LINEALES.

Los puntos que explicamos anteriormente hacen parte de lo que se conoce como tarifas lineales, es decir que guardan una proporción directa entre el precio y la

¹¹⁴ ídem

cantidad consumida, existiendo un precio constante por unidad consumida. No obstante, existe la posibilidad de que se presenten tarifas donde el precio promedio pagado por unidad varia con respecto al volumen consumido, y en estos casos hablamos de tarifas no lineales. Estas tarifas no lineales se encuentran dentro de los casos conocidos como de discriminación de precios de segundo grado.

La discriminación de precios se presenta en los escenarios donde hay mercados con competencias imperfectas, donde las empresas hacen uso de la discriminación de precios como estrategia de ventas, que resulta ser común cuando se tiene una mayor participación en el mercado, así pues, la discriminación de precios consiste en asignar precios diferentes a un mismo bien acorde a los distintos parámetros que las empresas fijen en la búsqueda de maximizar los beneficios. Esta discriminación se debe a que dentro de los consumidores hay diferentes gustos y preferencias, y por esto se tiene una mayor o menor disposición a pagar respecto a un producto en particular. ¹¹⁵

El concepto de discriminación de precios ha variado según los autores, pero una de las definiciones más utilizadas por quienes estudian este tema, es según Vela¹¹⁶ la definición de Stigler (1987), donde indica que la discriminación de precios se presenta cuando dos o más bienes similares son vendidos a precios que se encuentran en diferentes ratios sobre el costo marginal de producción, y lo explica por medio de los tiquetes de avión, pues un viaje puede variar sustancialmente

¹¹⁵ Vela Lindon Meléndez, (2012), “*DISCRIMINACIÓN DE PRECIOS*”, Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo, Facultad de Ciencias Económicas, Administrativas y Contables, Lambayeque - Perú.

¹¹⁶ Ídem.

dependiendo si es clase turista, ejecutiva o primera clase, y resulta difícil creer que la diferencia de los precios se den por los costos del servicio, el mayor valor que paga un pasajero de primera clase, no se ve reflejado en el lujo de la comida, los licores y la atención sino en su mayor disposición a pagar.

Aunque son muchas las definiciones que se pueden presentar, Vela¹¹⁷, concluye que la discriminación de precios brinda la posibilidad a un monopolista de elevar sus beneficios alejándose de la política de un precio único para su producto, apropiándose así del excedente del consumidor, por lo que se le cobra un precio que no guarda relación con los costos marginales de producción de determinado bien, lo que aunado a la existencia de la mayor disposición a pagar por parte de algunos consumidores, causa la implementación de estas prácticas discriminativas de precios.

Aunque para que se dé esta discriminación de precios, se tienen que cumplir tres condiciones, en primer lugar la empresa debe tener un tipo de poder en el mercado, para que pueda lograr que los consumidores paguen por encima del costo marginal, de no ser así solo podrá cobrar el precio competitivo; en segundo lugar, la empresa debe conocer las diferencias en la disposición de pago de los consumidores; y en tercer lugar, la empresa debe tener la posibilidad de eliminar la reventa de los que pagan menores precios, frente a los que pagan mayores precios.¹¹⁸

¹¹⁷ Vela Lindon Meléndez, (2012), "*DISCRIMINACIÓN DE PRECIOS*", Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo, Facultad de Ciencias Económicas, Administrativas y Contables, Lambayeque - Perú.

¹¹⁸ Varian, H. R. (2001). Microeconomía Intermedia. Un enfoque actual. Antoni Bosch, Barcelona. Capítulo 25.

Frente a la discriminación de precios, Fernández Baca¹¹⁹, utilizando la clasificación dada por a *Pigou*¹²⁰, indica que existen tres tipos de discriminación, que se diferencian entre sí, por el nivel de conocimiento que tiene el productor monopolista sobre la disposición a pagar del consumidor.

En el primero de los casos, hablamos de discriminación de primer grado o perfecta, cuando el conocimiento que tiene el productor monopolista cuenta con información perfecta, que le permite saber la disposición de pago de los consumidores, lo que lleva a que las diferentes unidades de producción se vendan a precios distintos que difieren según el comprador, y serán vendidos al comprador que más valore el bien o servicio, basados en el precio máximo que está dispuesto a pagar por ellos; en el segundo de los casos, hablamos de la discriminación de precios de segundo grado, que es muy parecida a la del primer grado, pero se encuentra limitada, porque el monopolista conoce como están distribuidas las propensiones a pagar entre los distintos consumidores, pero cuando el comprador se acerca, no tiene forma de identificar a qué tipo de consumidores pertenece, si a los que están dispuestos a pagar mucho o poco, a lo que el monopolista reacciona utilizando filtros para que los consumidores revelen su propensión a pagar.¹²¹; en tercer lugar, tenemos la

¹¹⁹ Fernández Baca Jorge, (2011), " Discriminación de precios ", Capítulos de Libros , en: Jorge Fernández-Baca (ed.), Organización Industrial , edición 2, volumen 1, capítulo 4, páginas 161-200, Fondo Editorial, Universidad del Pacífico.

¹²⁰ Pigou, (1920), "*The Economics of Welfare*", Traducido al español por editorial Aguilar, en el año 1946, capítulo XVII, "El Monopolio Discriminado". Páginas 237 y ss.

¹²¹ Fernández Baca Jorge, (2011), " Discriminación de precios ", Capítulos de Libros , en: Jorge Fernández-Baca (ed.), Organización Industrial , edición 2, volumen 1, capítulo 4, páginas 161-200, Fondo Editorial, Universidad del Pacífico.

discriminación de precios de tercer grado, que se presenta cuando el productor monopolista puede conocer la disposición a pagar de los consumidores a través de las señales externas como edad, ocupación, género, ubicación geográfica, etc. Para que se presente esta discriminación, se hace necesario que se presenten características tales como mercados separables, y elasticidad en la demanda, lo que genera que fácilmente se puedan cobrar precios distintos en cada mercado separado espacialmente, como diferencias precios entre ciudades, pueblos y veredas.

Ahora bien, cuando los precios no son lineales, y presentan discriminación en los precios, se pueden presentar los siguientes tipos de precios o tarifas que puede ser cobradas por un productor considerado como monopolista.

4.1.6. TARIFAS MULTIPARTES.

Dentro de este tipo de tarifas, encontramos que se componen por lo general de dos componentes, por un lado, un cargo fijo de acceso, es decir que se paga el derecho para poder acceder, y luego hay un cargo por el uso, que se paga por unidades del bien o servicio. No obstante, se debe tener en cuenta que no todos los consumidores van a tener la misma consideración frente a consumir o no consumir el bien, por lo que establecer un cargo fijo para todos, puede llevar a que algunos que no valoran mucho el bien no puedan acceder al consumo del mismo, ya sea porque no tienen los ingresos o por otras razones, lo que lleva a que se presenten problemas de exclusión; aunque este problema viene siendo solucionado a partir de contratos que tienen en cuenta la diferencia entre los consumidores.

4.1.7. TARIFAS POR BLOQUES.

En este tipo de tarifas, el precio de cada unidad adicional consumida varia cuando el nivel alcanza cierto límite, por lo que se constituye un precio marginal para diferentes bloques o intervalos de demanda. Dentro de esta modalidad de tarifas, también podemos hablar de tarifas por bloques decrecientes o crecientes, en cuyo caso el precio marginal correspondientes a los diferentes bloques de consumo disminuirá o aumentará conforme se vaya utilizando o consumiendo cada bloque de bien o servicio. Desde el punto de vista de la eficiencia se preferirá tener tarifas decrecientes. Si suponemos que cada bloque representa un bien diferente, el establecimiento de precios óptimos nos llevaría a fijar precios más altos para aquel bloque con una demanda inelástica, tema que se explicó anteriormente dentro de las tarifas Ramsey.¹²²

4.1.8. MODELO PEAK LOAD PRICING.

Este modelo, es generalmente utilizado en mercados como el de la Energía, pues en este se cumplen características tales como que la demanda es variable a lo largo de un periodo de tiempo, lo que permite predecir patrones en el comportamiento; adicionalmente se cuenta con elevados costos de almacenamiento, por lo que se busca que la oferta siempre sea igual a la demanda; y por último se deben presentar limitaciones para la provisión del bien, es decir que la capacidad de la empresa es

¹²² Álvarez Santiago, García Marián y Suárez Javier, (2014), “*Tarifas no Uniformes: Servicio de Suministro doméstico de agua*”, Universidad de Oviedo. Oviedo – España.

fija al corto plazo, lo que afecta los precios de venta del producto. Estas características, se presentan normalmente en mercados con características de Monopolios naturales.

Este tipo de empresas, encuentran un gran problema entre la capacidad y los costos asociados a esa capacidad, pues hay épocas en las que la demanda del bien o servicio es mucho más alta, y deben contar con la capacidad necesaria para satisfacer la demanda, pero en otros meses la demanda es muy baja, y se tiene una capacidad instalada con costos fijos que no se están cobrando, pues no genera ingresos durante estos periodos. Así pues, se buscan mecanismos para determinar precios que ayuden a que los consumidores y las empresas tomen las decisiones más eficientes.

Este modelo, empieza a ser desarrollado por *Boiteux*¹²³, y permite llegar a una solución óptima en forma descentralizada, cuando la demanda es inelástica, es eficiente cobrar en cada instante un precio por el bien o servicio equivalente al costo marginal de generarlo o producirlo, al que se debe sumar un cargo por ejemplo por potencia cuando se genere o produzca en horas pico.¹²⁴

Así pues, los precios óptimos dentro de este modelo toman en consideración los costos marginales de la producción del bien o servicio. Cuando la demanda es

¹²³ Boiteux M, (1960), "*Peak Load Pricing*", *Journal of business*, Vol. 33, Pág. 157-179

¹²⁴ Arellano M Soledad y Serra Pablo, (2004), "*Principios para Tarifcar la Transmisión Eléctrica*", Universidad de Chile, Cuadernos de Economía, Vol. 41 (agosto), Pág. 231-253. Chile.

menor a la demanda máxima el precio es igual a los costos variables, que son iguales a los costos marginales cuando la demanda es inferior a la demanda máxima, por su parte cuando la demanda está en su nivel máximo, los precios tienen que ser iguales a los costos variables más los costos de invertir en capacidad adicional, que en este caso representan los costos marginales, es decir la suma de los costos variables más la suma de los costos de inversión en nueva capacidad. El uso de estas tarifas diferenciadas según el nivel de demanda genera señales al consumo debido a que los precios se encuentran relacionados con los costos marginales, de esta manera el uso de precios diferenciados genera bienestar al esquema basado en el establecimiento de un solo precio.¹²⁵

4.2. REGULACIÓN DE MONOPOLIOS NATURALES CON INFORMACIÓN INCOMPLETA.

En esta parte, hablaremos de lo que comúnmente sucede en la realidad, y es que entre regulador y regulado existe asimetría en la información; el monopolista conserva para sí la información relevante tanto tiempo como le sea posible, tratando de evadir toda acción que los lleve a suministrar información al regulador, por lo que la tarea para este último se dificulta.

En este contexto, el regulador o principal sería la parte menos informada, mientras que la empresa regulada en este caso sería el agente quien posee más información, como la función de costos, o la demanda a la que realmente se enfrentan. Así las

¹²⁵ Dammert Lira Alfredo, Molinelli Aristondo Fiorella, Carbajal Navarro Max, (2013), *“Teoría de la Regulación Económica”*, Fondo Editorial de la Universidad San Martín de Porres, Lima – Perú.

cosas, es tarea del regulador establecer mecanismos que lo lleven a generar incentivos que lleven a los agentes a comportarse adecuadamente con los objetivos propuestos por el regulador.

En desarrollo de lo anterior, hablaremos de mecanismos de regulación bayesianos y no bayesianos. El primero de estos en palabras de *Rivera*¹²⁶, describe la falta de información del regulador por las probabilidades subjetivas que mantiene sobre los parámetros del problema de optimización reguladora; mientras que los mecanismos no bayesianos buscan utilizar sólo la información contable observable y verificable, independientemente del regulador particular.

Rober B. Myerson (2007)¹²⁷ y Jean Tirole (2014)¹²⁸, tuvieron que ver con el desarrollo de los mecanismos bayesianos, los cuales se basan en principio en una distribución subjetiva del tipo de eficiencia de la empresa regulada, nivel que en realidad es desconocido por el regulador, por lo que en la literatura se encuentran críticas a este planteamiento, pues es considerado como inaplicable, pues los reguladores se basan en procesos subjetivos para distribuir de eficiencias, lo que muy difícilmente arroja resultados cuantitativos que pudieran ser empleados. El

¹²⁶ Rivera Urrutia Eugenio, (2004), "*Teorías de la Regulación en la perspectiva de las Políticas públicas*", Revista Gestión y Política Pública, Volumen XIII Número 2, II Semestre, Pág. 309 – 372.

¹²⁷ Myerson Rober B, (2007), "Perspectiva sobre el Diseño de Mecanismos en la Teoría Económica", Revista Austriaca de Economía – RAE No. 44 2009. Este artículo es una versión revisada del discurso pronunciado por el profesor Roger B. Myerson en Estocolmo, el 8 de diciembre de 2007.

¹²⁸ Jean Tirole, (2014), "*Market power and regulation*", información avanzada preparada por el Comité del Premio en Ciencias Económicas de la Real Academia Sueca de las Ciencias.

modelo no bayesiano por su parte, no se apega a un modelo probabilístico, sino que tiene como fin armonizar las funciones objetivo tanto del regulador como el de la empresa regulada, basándose en datos observables y verificables.

4.2.1. MECANISMOS REGULATORIOS NO BAYESIANOS.

4.2.1.1 EL MECANISMO DE LOEB Y MAGAT.

Loeb y Magat (1979)¹²⁹, plantearon la posibilidad de otorgar al monopolio natural regulado un subsidio, que fuera igual al excedente del consumidor. Este modelo nace de suponer que tanto regulador como regulado conocen la demanda del mercado del bien o servicio, pero que el regulador no conoce la función de costos de la empresa regulada, mientras que la empresa si conoce dicha función de costos en especial la de costo marginal.

Razón por la cual, se propone un mecanismo de revelación de información, que consiste en un subsidio otorgado por parte del regulador, el cual es recibido por el regulado de acuerdo con el excedente del consumidor que se genere. Este Subsidio motiva a la empresa a establecer un precio igual al costo marginal, y genera la eliminación de incentivos que lleven a sobre valorar sus verdaderos costos. No

¹²⁹ Loeb M y Magat W, (1979), "A decentralized method for utility regulation" The Journal of Regulatory Economics, 22 (1979), Pág. 399-404"

obstante, le aplicación de estos subsidios genera distorsiones asignativas y distributivas.¹³⁰

En este modelo, se presentan algunas ventajas, que han sido analizadas en la literatura sobre el tema, como que se generan incentivos a la eficiencia productiva pues al ser ineficiente no tendría beneficios; y una de las mayores ventajas que presenta es que minimiza la intervención del regulador, pues ante cualquier cambio en la oferta o la demanda, la empresa regulada tendrá incentivos para portarse eficientemente. No obstante, este mecanismo presenta grandes deficiencias distributivas pues la empresa se termina apropiando vía subsidio de todos los excedentes del consumidor, dejando sin excedente alguno a los consumidores, lo que resulta ineficiente.

4.2.1.2. MECANISMOS DE SAPPINGTON Y SIBLEY.

Frente a esta postura, se propusieron otros esquemas como el de Sappington y Sibley (1988)¹³¹, quienes proponen el método del subsidio del excedente incremental, el cual se basa en un ambiente dinámico en donde se subvenciona el incremento en el excedente total generado por la actividad del regulado, lo que busca que se cause un cambio en el excedente periodo tras periodo. Otros autores,

¹³⁰ Li Ning Jorge y Willington Manuel, (2007) *“La Regulación de un Monopolio con Obligación de Servicio Universal: El Rol de la Flexibilidad Tarifaria”*, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Lima – Perú

¹³¹ Sappington, D y Sibley, D, (1988), *“Regulating without cost information: The incremental Surplus Subsidy Scheme”*, International Economic Review, Vol 29, Pág 297-306.

que realizaron una propuesta similar fueron Finisher y Vogelsang (1985)¹³², con la diferencia que en este caso la demanda no es de conocimiento común entre las partes, es información que se reserva el regulado. Ahora bien, frente a los anteriores planteamientos, se analiza un problema y es que ninguno menciona la forma en la que se debían aplicar los subsidios, por lo que Vogelsang (1989)¹³³, desarrollo un modelo con tarifas en dos partes donde existe una parte fija que se tiene como una restricción que debe cumplir el regulado, mientras que la firma escoge libremente una parte variable, es decir se entiende como un esquema de tarifas en donde el consumidor paga un cargo por acceso al servicio a la firma conocido como subsidio y un cargo variable por el consumo del servicio. Así pues, se propone una tarifa en dos partes en un ambiente dinámico de monopolio multiproducto, en donde se le impone al regulado ofrecer siempre la primera tarifa generando que todas las ganancias por eficiencia se las lleva el regulado, mientras que el consumidor se mantiene en su mismo nivel de utilidad.¹³⁴

4.2.2. MECANISMOS REGULATORIOS BAYESIANOS.

¹³² Fisinger, J. y Vogelsang, I. (1985): "Strategic Management Behavior under Reward Structures in a Planned Economy". Quarterly Journal of Economics; 100, 263-270.

¹³³ Vogelsang, I. (1989): "Two-part tariffs as regulatory constraints". Journal of Public Economics; 39, 45-66.

¹³⁴ Li Ning Jorge y Willington Manuel, (2007) "*La Regulación de un Monopolio con Obligación de Servicio Universal: El Rol de la Flexibilidad Tarifaria*", Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Lima – Perú.

Estos mecanismos regulatorios se clasifican en función a si la asimetría de la información se encuentra en la función de costos o de la demanda. En cuanto a los costos se encuentran modelos como el de Baron y Myerson y Laffont y Tirole; y en cuanto a la demanda se encuentran modelos como el de Lewis y Sappington.

4.2.2.1. MODELO DE BARON Y MYERSON.

Este modelo, según lo expuesto por *Pombo*¹³⁵, fue el primero en presentar una relación entre el principal y el agente, en los casos en que el regulador no conoce el verdadero tipo o estructura de costos de la firma, y se presentó en su momento como un avance para regular el problema de regulación como un problema de agencia. El modelo es presentado como un juego de información incompleta entre el regulador (principal) y la empresa regulada (agente), donde el primero de estos tiene incertidumbre sobre el verdadero parámetro de costos marginales del monopolista. La solución propuesta, es que el regulador desarrolle un mecanismo que cumpla con ciertas condiciones, como que el regulador maximice su función objetivo, la cual bajo el supuesto de regulador benevolente maximizará el excedente social esperado; que el agente acepte el mecanismo de tal forma que la estrategia de revelar su verdadero tipo sea de equilibrio. Así pues, el regulador debe ofrecer una transferencia tal que cubra los costos fijos y las operaciones del agente. El precio que se fije debe ser cercano al segundo óptimo que minimice la renta de información del agente. Por otro lado, la firma cantidades cercanas al segundo

¹³⁵ Pombo Carlos, (2004) “*Regulación de Monopolios Naturales con Información Asimétrica: Una Introducción*” La regulación Económica: Tendencias y Desafíos, Capítulo III, Pág. 61-80, Universidad del Rosario, Bogotá D.C., Colombia.

optimo, lo que implica que sus beneficios tienden a cero. La transferencia que ofrece el principal debe ofrecer minimizar la asimetría de información en el sentido de que, si el agente es ineficiente o de costos marginales altos sus beneficios son cero, pero si es al contrario el regulador le permite disfrutar de una renta de información obteniendo unos beneficios positivos.

En síntesis, este modelo supone que el regulador no conoce las funciones de costos de la empresa regulada, por lo cual debe diseñar un mecanismo que permita que la empresa revele sus verdaderos costos autoseleccionándose en unos de los mecanismos que ofrece el regulador. En este sentido, el regulador ofrece contratos, donde fija el precio al cual la empresa venderá su producto y a su vez se da una transferencia de dinero, con lo que la empresa decidirá el contrato o paquete que le brinde una mayor utilidad, lo que le indicará al regulador si se trata de una empresa con costos altos o bajos, por lo que, sin conocer realmente la función de costos de la empresa, puede realizar una conjetura a priori, la cual se actualiza según la regla de Bayes.

4.2.2.2. MECANISMO DE LAFFONT Y TIROLE.

Este modelo de Laffont y Tirole (1986)¹³⁶, formulan un modelo mixto que incorpora la asimetría de información de riesgo moral con la selección adversa, donde el regulador busca motivar al monopolista a realizar actividades o esfuerzos que conlleven a eficiencias, reducción de costos y una mayor producción de equilibrio.

¹³⁶ Laffont, J y Tirole J, (1986), “*Using Cost Observations to Regulate Firms*” Journal of Political Economy, Vol. 94, No. 3.

Este modelo, las actividades o esfuerzos que se realizan por parte del monopolista o agente, no pueden ser observadas por el principal, solo le es posible conocer las consecuencias de estas acciones o esfuerzos, pero desconoce los esfuerzos que tuvo que realizar el monopolista para poder vender su bien o servicio, las horas de trabajo, el personal, o la atención al cliente. Así pues, el modelo de la gestión de Laffont y Tirole contiene dos problemas respecto a los monopolios, por un lado, la selección adversa que captura información incompleta sobre el tipo verdadero del agente; por otro lado, el riesgo moral que se refiere a las acciones del agente que permanecen ocultas para el principal.¹³⁷

Este modelo, a diferencia del modelo de Baron y Myerson que asume que los costos son exógenos a la empresa regulada, y que solo pueden ser costos altos o bajos, propone que la empresa regulada pueda generar esfuerzos para reducir sus costos, que no son observados por el regulador, por lo que este último buscara crear mecanismos que lleven a que el agente revele información acerca de sus costos, y que la empresa realice esfuerzos óptimos para la reducción de sus costos

4.2.2.3. MECANISMO DE LEWIS Y SAPPINGTON.

Este mecanismo de Lewis y Sappington (1988)¹³⁸ aborda el problema de como establecer las tarifas a cobrar cuando el principal no cuenta con la información de

¹³⁷ Pombo Carlos, (2004) *“Regulación de Monopolios Naturales con Información Asimétrica: Una Introducción”* La regulación Económica: Tendencias y Desafíos, Capítulo III, Pág. 61-80, Universidad del Rosario, Bogotá D.C., Colombia. Páginas 26 – 28.

¹³⁸ Lewis, T y Sappington D, (1988), *“Regulating a Monopolist with Unknown Demand”*, American Economic Review, Vol. 19, No 3.

la demanda que enfrenta el agente. Bajo este modelo, la política regulatoria dependerá de la relación que existe entre el Costo Marginal y la Producción. Así pues, si los costos aumentan conforme aumenta la producción, el regulador debe inducir a las empresas a usar su información de la curva de demanda en beneficio de la sociedad delegándole la facultad para establecer el precio del producto; por otro lado, si los costos decrecen con la producción el regulador no podría obtener beneficios del conocimiento de la demanda por parte de la empresa por lo que le convendría establecer un precio que sea invariante con la demanda.

4.3. ESQUEMAS REGULATORIOS.

Como se observó anteriormente, las asimetrías en la información se pueden dar tanto en los costos de producción, como en la demanda, por lo que se ha buscado la creación de esquemas que busquen el bienestar social, sin dejar de lado los beneficios de la empresa regulada dentro del mercado dado por el regulador. Dentro de los esquemas regulatorios, encontraremos unos dados por los costos y otros por incentivos.

4.3.1. REGULACIÓN POR TASA DE RETORNO.

Este esquema consiste en determinar las tarifas de servicio regulado sobre la base de los costos de la empresa regulada y su inversión, por lo que las tarifas que son aprobadas por el regulador para ser cobrados por parte de la empresa deben cubrir los gastos operativos y gastos de capital en que incurre la empresa regulada dependiendo su nivel de demanda. Este esquema de regulación se basa en establecer una tasa de retorno sobre el capital, por lo que la empresa regulada

recibe los costos de operar el servicio más la tasa de retorno sobre el capital, lo que como resultado muestra que los ingresos de la empresa son iguales a sus costos más un retorno razonable por la inversión que realiza.¹³⁹

En este sentido, si los costos de producción aumentan, las tarifas se ajustan al alza; si la empresa tiene beneficios mayores a la tasa de retorno las tarifas se reducen, y si los beneficios son menores las tarifas aumentan, por lo que bajo este esquema las tarifas se están ajustando constantemente. Bajo este esquema, en el primer periodo regulatorio, la empresa tendría la libertad de elegir la cantidad a producir y el precio dada la demanda, siempre y cuando no sobre pase la tasa de ganancia fijada por el regulador, posteriormente a este periodo, la empresa deberá reportar o revelar información al regulador, respecto a los costos en los que incurrió y los ingresos que obtuvo, con lo que el regulador procede a determinar si las tarifas que impuso deben ser iguales, mayores o menores, lo que se determinara dependiendo la tasa de beneficio o retorno de la empresa aprobada por el regulador, la cual debe ser justa y razonable.¹⁴⁰

Según Soto¹⁴¹, bajo este esquema de retorno, se puede presentar un problema, y es que la empresa puede tender a utilizar sobre capitalización, debido a que esta

¹³⁹ Pérez R y Reyes E, (2006), *“Introducción a la Regulación de los Servicios Públicos”*, Documento de trabajo No. 22, oficina de estudios Económicos – OSINERG, Lima Perú.

¹⁴⁰ Soto Carrillo G, (2009), *“Regulación por precios tope”*, Revista Economía Vol. XXXII, No. 63, Semestre enero-junio, Pág. 79-102.

¹⁴¹ Ídem.

tasa se aplica sobre el factor capital, es decir que a mayor capital, mayor es el resultado en los ingresos totales de la empresa, por ejemplo el ente regulador fijo la tasa de retorno en 2%, si la empresa elige una producción que conlleve a una inversión en capital de US\$ 10 Millones, podrá recibir US\$ 200 mil, pero si la inversión en capital es de US\$ 1 Millón, entonces podrá recibir US\$ 20 mil, por lo que la empresa podría verse incentivada a utilizar una combinación de insumos en el cual su capital aumente por encima del necesario para tener una producción eficiente.

Para evitar el fenómeno anterior, es necesario que este esquema sea acompañado de control y vigilancia sobre los costos de la empresa, para evitar sobre costos, máxime si se tiene en cuenta que las tarifas son fijadas basados en dichos costos, que tienen que asegurar que se reconozcan solo los gastos necesarios en los que incurrió la empresa para brindar el servicio.

4.3.2. REGULACIÓN POR PRECIOS TOPE.

Este esquema, busca evitar algunos de los problemas que se presentan en el esquema de regulación por tasa de retorno, especialmente en mercados como el de la energía o las telecomunicaciones donde la competencia juega un papel cada vez más importante. En la primera etapa de este esquema, los precios se fijan sobre la base de los costos de una empresa eficiente y se mantiene sin cambios durante un periodo de tiempo prolongado, lo que causaría la reducción de costos y la innovación. Es decir, que si durante un periodo de tiempo determinado, la empresa mejora sus niveles de eficiencia por encima de los niveles estimados, podrá retener la rentabilidad adicional durante un tiempo; durante la segunda fase de este

esquema, el regulador deberá tener en cuenta estas reducciones de costos no previstos, por lo que los niveles de precios que se permitirá cobrar a la empresa durante el periodo siguiente serán menores que si ésta no hubiera logrado las mejores mencionadas.¹⁴²

Un aspecto muy importante dentro de este esquema regulatorio, es la duración del intervalo regulatorio o del periodo regulatorio, pues durante este tiempo, los precios permanecen fijos, por lo que cualquier disminución en los costos de producción por parte de la empresa, representa incremento en sus beneficios, por lo que durante este periodo se presentaran incentivos a la eficiencia en la producción, adoptando nuevas tecnologías e innovaciones que disminuyan costos al corto plazo, debido a que el tiempo regulatorio ya es conocido por la empresa, por lo que desde un inicio aplicaran cualquier mecanismo que los lleve a la reducción de costos. Aunque es claro, que durante estos periodos, que pueden resultar más amplio, exista la posibilidad de que el regulador de la posibilidad de que se modifiquen los precios autorizados, esto teniendo en cuenta que se pueden presentar costos que resulten totalmente exógenos a la empresa, que si no se tienen en cuenta, pueden llevar a la misma a pérdidas; así mismo, es importante anotar, que no cualquier variación en los costos puede ser tenido en cuenta para una variación en los precios, pues hay factores como la variación en el costo de insumos que puede ser controlado a través de contratos de precios fijos, o reducción de costos, mientras existirán otros costos que si resultan totalmente exógenos a la empresa, como cambios en los

¹⁴² Jouravlev Andrei, (2001), "*Regulación de la industria de agua potable*", Recursos naturales e infraestructura, Publicación de las Naciones Unidas, Serie 36, Volumen II, Regulación de las conductas, Santiago de Chile. Página 22.

planes de expansión nacional, o modificación de las normas ambientales o de calidad, que llevan a la empresa a tener que realizar actividades y esfuerzos no presupuestados.

En este punto, es importante tener en cuenta que la reducción en los costos no puede verse reflejada en la calidad del servicio, el afán de generar mayores márgenes de productividad no puede conllevar a prestar un mal servicio, por lo que, con este tipo de regulación, se deben expedir adicionalmente los mecanismos que fijen unos estándares mínimos de calidad del servicio.

4.3.3. REGULACIÓN POR COMPARACIÓN.

Esta modalidad también es conocida como “*yardstick competition*” o comparación de prácticas, busca reducir el problema de asimetría de información entre el regulador y el regulado, a través del uso de la regulación simultánea de empresas que sean idénticas o similares, por lo general usada en empresas que ofrecen los mismos servicios pero que operan en diferentes zonas geográficas, por lo que bajo este esquema se introducen incentivos para que las empresas generen beneficios según sus propios esfuerzos, teniendo en cuenta que bajo esta modalidad las tarifas se fijan por un promedio de costos de las empresas calculado por el regulador según la información que posee, pero desconociendo en su cálculo los costos reales de las empresas. No obstante, cuando el regulador establece los precios por un promedio de costos de las empresas en general, esto motiva a las mismas a que se generen esfuerzos para disminuir los costos por debajo del promedio estipulado, lo que conlleva a que, si todas las empresas bajan sus costos, disminuye el promedio,

y con ello se acercan cada vez más a los costos eficientes donde se generan mayores beneficios para la sociedad.

Esta modalidad propuesta por Schleifer (1985)¹⁴³, tiene como esencia la comparación del desempeños de empresa contra empresa, y aunque en su planteamiento el autor indica que basta con dos empresas para ser comparadas, la realidad muestra que frente a esto se presentan varios problemas, por un lado, que es mejor si se comparan varias empresas, y en segundo lugar que es difícil determinar cuando son empresas realmente similares de las cuales se pueda generar comparación, pues habitualmente las empresas son distintas en cuanto a características como las de la demanda, pues tienen demografía distinta; un perfil de consumidores distinto; densidad poblacional distinta; inversiones diferentes; costos diferentes; geografía y climas diferentes, niveles de contaminación variantes, por lo que aunque son similares sus costos podrían variar muchos, lo que se convierte más adelante en una tarea del regulador, que debe establecer el número de empresas y sus condiciones necesarias para aplicar la modalidad generando beneficios.

Aunado a lo anterior Orellana (2009)¹⁴⁴, indica la existencia de otras limitaciones para la aplicación de este modelo, dentro de las que señala: que las empresas entren en colusión para reducir conjuntamente sus niveles de desempeño y de

¹⁴³ Schleifer, A. 1985. "A Theory of Yardstick Competition." Rand Journal of Economics 16(3): 319-327.

¹⁴⁴ Orellana Edgar R, (2009), "*Sistema de Regulación de los Servicios Públicos de Agua Potable y Alcantarillado para el Distrito Metropolitano de Quito (DMQ)*", tesis para obtención de grado de Master en Gerencia Empresarial, Escuela Politécnica Nacional, Facultad de Ciencias Administrativas.

costos; que una o más empresas socaven intencionalmente el desempeño de otras; y que haya adecuada calidad de la información sin colusión entre las partes para distorsionar los datos sobre sus costos reales. Lo que, según lo planteado por varios autores, se solucionaría con una debida vigilancia y control por parte del regulador.

4.3.4. REGULACIÓN CON EMPRESA MODELO EFICIENTE.

este esquema regulatorio tiene sus orígenes en Chile durante los años 80, y es básicamente una comparación como la del punto paso, pero en este caso la comparación se realiza frente a una “empresa modelo”, esta empresa modelo, según la legislación chilena, es aquella diseñada con el objeto de proporcionar en forma eficiente los servicios sanitarios requeridos por la población, teniendo en cuenta además de los aspectos normativos y reglamentarios, otros aspectos como las características geográficas, demográficas y tecnológicas que le permiten cumplir con principios de eficiencia productiva al incurrir en los costos indispensables de inversión, operación, mantenimiento y administración necesarios para la prestación del servicio sanitario. Así pues, la empresa modelo eficiente es un modelo ficticio construido desde cero, donde se realizan los menores costos técnicamente posibles, mientras se mantiene la calidad en la prestación del servicio, durante un periodo regulatorio determinado, que es de 5 años generalmente, periodo tras el cual los costos de la empresa eficiente vuelven a ser calculados. Por lo que bajo este esquema las empresas reales, podrían obtener beneficios o una rentabilidad normal, solo en el sentido que logre emular a la empresa eficiente.

Este modelo implica, que ante cualquier ineficiencia el responsable es la empresa, y el costos de la ineficiencia no puede ser trasladada al consumidor, por lo que los costos, debe ser calculados bajo el uso de las tecnologías y condiciones de mayor eficiencia disponible al momento de realizar la fijación tarifaria, a lo que adicionaría que debe ser la tecnología disponible en el país donde se realice la regulación en el momento determinado, pues habrán países que por sus modelos de desarrollo puedan tener mejores accesos tecnológicos que otros. Estas diferencias entre las empresas reales y la empresa modelo eficiente se traducirán posteriormente en beneficios o pérdidas para la empresa real.

En el caso chileno, la regulación se basa en el criterio del segundo mejor, simulando la competencia a través de la comparación de la empresa modelo y la empresa real, buscando que el precio que se fije por el regulador sea una suma lo más cercana posible a la que se determinaría por el equilibrio de oferta y demanda, lo que lleva a la empresa real a que tenga que ajustar su costo al costo eficiente indicado por el regulador.

En síntesis, este capítulo, aunque escapa propiamente del estudio jurídico que venimos realizando de la regulación del servicios público de agua potable en Colombia, y de la forma de regular de los servicios que tenemos, se considera necesario, para que se entiendan los mecanismos que deben ser utilizados para regular los monopolios naturales, sea que se haga directamente la rama ejecutiva del poder, o que se cree un órgano independiente que lo haga, lo cierto es que el regulador, el encargado de la tarea de tomar acciones para guiar los servicios públicos en pro del bienestar social, debe tener este conocimiento técnico, para

poder guiar la regulación de la mejor forma, y adoptar el mejor esquema, teniendo en cuenta las realidades de cada país.

CAPÍTULO 5. ANÁLISIS CONSTITUCIONAL Y JURISPRUDENCIAL DE LA REGULACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS EN COLOMBIA.

Habiendo realizado en los capítulos anteriores, una descripción de la influencia de la teoría económica en la forma en que interviene el Estado en la Economía, y de los motivos que justifican la intervención a través de regulación, considero necesario realizar un análisis de la concepción jurídica de la regulación de los servicios públicos desde la expedición de la Constitución de 1991 y su desarrollo jurisprudencial.

En este sentido, tenemos que la Constitución colombiana, se presenta para la sociedad como un nuevo inicio, luego de sufrir una de las crisis económicas más grandes que ha vivido el país, que se marcó por la recepción de las ideas del liberalismo como la doctrina económica que prevalece, y que tiene como centro el

reconocimiento de derechos de cada individuo, la protección a la propiedad, la libertad económica, la división de los poderes, y la independencia de algunos órganos de dirección económica, sin dejar de lado, el reconocimiento y apoyo social y solidario que se enmarca a través de los artículos de la constitución, tanto con su parte dogmática como en su parte orgánica.

El Doctor Ricardo Sánchez, Decano de la Facultad de derecho de la Universidad Nacional de Colombia, señaló lo siguiente en el libro “La Constitución de 1991 y el Ideario Liberal”:

“La Constitución de 1991 es hija de la más grande crisis nacional de los últimos treinta años, de las necesidades de las nuevas reformas de la economía, de las relaciones internacionales, del desarrollo de las diferentes realidades del país nacional y de las demandas democráticas de sus gentes de toda condición por superar las violaciones permanentes. Obedece a la necesidad de crear nuevas instituciones acordes con los tiempos actuales y la búsqueda de una nueva legitimidad jurídica y política para la República, cuyas instituciones hacían agua y se anunciaba un inevitable naufragio, Con la nueva constitución se pone fin a la República autoritaria y reaccionaría consagrada constitucionalmente y se inaugura –es lo esperado- la República moderna (...)

*La columna vertebral ideológicamente de la nueva constitución colombiana es el liberalismo en concertación con otras doctrinas o posturas doctrinarias (...)*¹⁴⁵

Ahora bien, es importante indicar que para los años 90, el neoliberalismo¹⁴⁶ se impuso en Colombia, esto debido a los problemas que el modelo Keynesiano había provocado debido al uso irracional del sistema intervencionista propuesto por este. En Latinoamérica fueron varios los países que aplicaron el modelo keynesiano, entre los primeros se observan países como Chile que en los años 70 bajo la dictadura de Pinochet aplicaron el mismo, lo que subsiguió a la inclusión de este modelo por los demás países de Latinoamérica incluido Colombia.¹⁴⁷

El proceso de la entrada del neoliberalismo a Colombia, no se presentó como un proceso interno, como tal vez sucedió en Chile, puesto que debido a las condiciones de nuestra economía, que tanto se veía influenciada por factores externos, por las

¹⁴⁵ Uribe V, Diego, (1992), "La Constitución de 1991 y el ideario liberal", Primera Edición, Universidad Nacional, Bogotá – Colombia.

¹⁴⁶el neoliberalismo y más precisamente el resurgimiento de las ideas liberales que impulsara Friedrich Hayek desde los años cuarenta, ha tenido un contexto favorable para su desenvolvimiento en los acontecimientos recientes de la historia mundial. La tesis del llamado "fin de la historia", expresión según la cual asistimos al triunfo de la democracia liberal capitalista y a la derrota definitiva del marxismo, nos deparará según sus defensores una expansión del liberalismo económico y político al que sólo se opondrán determinadas formas de nacionalismo y religión, significando un cambio radical en la consideración del papel del Estado como agente económico, cuyas funciones básicas se asociaron desde los años treinta a la responsabilidad de la puesta en marcha de los mecanismos necesarios para asegurar objetivos como el pleno empleo de los recursos, y que tuvo su fundamento teórico en la revolución keynesiana. (<http://www.banrepcultural.org/biblioteca-virtual/credencial-historia/numero-91/que-es-neoliberalismo>)

¹⁴⁷ Moreno Viafara Ferney, (2010) "El Desarrollo del Estado Liberal en Colombia", Revista Papel Político, Vol. 15, N° 1, junio de 2010, Bogotá – Colombia,

exportaciones e importaciones realizadas desde y hacia otros países como Estados Unidos, causaron que este modelo entrara a nuestro país, debido al consenso de Washington de 1989, que sirvió como lanza de expansión del modelo neoliberal en América Latina.¹⁴⁸

Este consenso de Washington, es resumido por Echavarría , citando a *Williamson*¹⁴⁹ en 10 puntos, en primer lugar, Los grandes déficits fiscales diseñados para reactivar la economía desaparecen, todo déficit por encima de 1 % o 2% del PIB debería ser considerado como síntoma de una política fracasada, a menos que se destine a infraestructura; en segundo lugar, el gasto debería ser reorientado desde subsidios hacia educación y salud; tercero, La base impositiva debe ser alta, y las tasas de Impuesto marginales bajas; cuarto, Las tasas de interés reales deben ser positivas para desestimular la fuga de capitales e incentivar el ahorro; quinto, La expansión hacia fuera y las exportaciones son convenientes para el crecimiento, y deben estimularse con una tasa de cambio real, competitiva y estable; sexto, la peor forma de protección ocurre para aranceles y cuotas, y debe hacer una protección arancelaria baja, excepto para industrias nacientes; la liberación debe, proceder en forma relativamente paulatina; séptima, La principal motivación para restringir la inversión extranjera es el nacionalismo económico que Washington no aprueba;

¹⁴⁸ Álvarez José, (2016) “*La Constitución del 91, Una Victoria del Neoliberalismo en Colombia*”, Bogotá – Colombia, Julio de 2016, recuperado de: <https://www.las2orillas.co/la-constitucion-del-91-una-victoria-del-neoliberalismo-en-colombia/>

¹⁴⁹ Echavarría Juan José, (2001) “Colombia en la Década de los Noventa: Neoliberalismo y Reformas Estructurales en el Trópico”, Cuaderno de Economía, Vol. 20 N° 34, Junio 20012, Bogotá – Colombia.

octavo, las privatizaciones son deseables cuando promueven la competencia y aún más útiles si ayudan a financiar al Estado; noveno, la competencia puede promoverse mediante una regulación adecuada pero en un conjunto de países de América Latina la regulación es administrada por personas mal pagadas, y ello promueve inmensamente la corrupción; decimo, Los derechos de propiedad son cruciales para el crecimiento.

Teniendo en cuenta estos aspectos, la Constitución de 1991 adopto varios criterios basados en el liberalismo y el papel del Estado en la regulación de la Economía, por un lado se observa la creación de las entidades autónomas independientes, de las cuales se derivó el Banco de la República, que tenía funciones específicas de control monetario, con lo que se imposibilitó al ejecutivo para que interviniera en la política monetaria del país; adicionalmente, en contra de un Estado interventor y benefactor, se prohíbe cualquier posibilidad de que se puedan ordenar emisiones de moneda para promocionar o apoyar programas sociales o de inversión pública.

Así pues, el Artículo 371 de la Constitución Política de Colombia indico lo siguiente, *“El Banco de la República ejercerá las funciones de banca central. Estará organizado como persona jurídica de derecho público, con autonomía administrativa, patrimonial y técnica, sujeto a un régimen legal propio.”*, allí mismo se indica que serán funciones de dicho Banco, *“regular la moneda, los cambios internacionales y el crédito; emitir la moneda legal; administrar las reservas internacionales; ser prestamista de última instancia y banquero de los establecimientos de crédito; y servir como agente fiscal del gobierno. Todas ellas se ejercerán en coordinación con la política económica general.”*, con este artículo

se observa la intención del constituyente de esta época, de querer separar la regulación monetaria del ejecutivo, creando un órgano independiente y especializado para ese fin. (Subrayado por fuera del texto original)

El artículo 372 de la Carta, indica que dentro de este Banco, existirá una Junta Directiva, que se considera la autoridad en materia monetaria, cambiaria y crediticia, la cual está conformada por siete miembros, que son elegidos básicamente en su totalidad por el presidente de la república, lo que a mi parecer le podría quitar algo de autonomía al Banco de la República, pues 5 miembros son elegidos por el presidente, otro miembro es el Ministro de Hacienda, quien también es elegido por el presidente, y entre estos eligen al séptimo miembro quien se desempeña como el Gerente del Banco, y hace parte de la Junta Directiva, por lo que en últimas podría decirse que son elegidos por la rama ejecutiva, por lo que aunque se cree como un órgano independiente de las ramas del poder, no termina siendo tan independiente.

El artículo 373, indica que por medio del Banco de la República el Estado velará por el poder adquisitivo de la moneda. Y a su vez si le indican ciertas prohibiciones, como que no se podrán dar créditos ni otorgar garantías a particulares, salvo que se trate de intermediación de crédito externo para su colocación por medio de establecimiento de crédito, de apoyos transitorios de liquidez; cuando se requieran operaciones de financiamiento a favor del Estado este requerirá aprobación unánime de la junta directiva, y el legislador en ningún caso podrá ordenar cupos de crédito a favor del Estado o de particulares.

Otro de los aspectos donde se observa la influencia del liberalismo en la Constitución, es en lo referente a consagrar la libre competencia económica como

un derecho de especial importancia de carácter económico. La Carta del 91, se refiere a este derecho de la libre competencia en dos de sus artículos en el 88, se señala que *“La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella.(...)”* y el artículo 333, que indica que la actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la Ley, a lo que en párrafo aparte indica *“La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades”*, con esto se reconoce la libre competencia económica, como un derecho de rango constitucional, con las responsabilidades que esto trae, pues la empresa al considerarse como base del desarrollo del país, tiene una función social que implica obligaciones; por lo que se indica la obligación del Estado, para que por mandato de ley, impida que se obstruya o restrinja la libertad económica y evitará o controlara el abuso de cualquier persona o empresa que busque abusar de posición dominante en el mercado nacional. Este es un principio que ha gozado de gran desarrollo por parte de la Corte Constitucional Colombiana, como ejemplo tenemos las Sentencias C-032 de 2017, C-228 de 2010, C-263 de 2013, C-368 de 2012, C-978 de 2010, entre muchas otras sentencias que han establecido la definición, naturaleza, las prerrogativas que comprende, límites, y núcleo esencial de la libre competencia económica, respecto al núcleo esencial, es importante señalar lo expuesto en la sentencia C - 032 de 2017, que indica lo que se esperaba del modelo económico Colombiano:

“En materia económica la Carta de 1991 adoptó el modelo de economía social de mercado. En este sentido ha dicho la Corte Constitucional, que “el Estado Constitucional colombiano es incompatible tanto con un modelo del liberalismo económico clásico, en el que se proscribe la intervención estatal, como con modalidades de economía de planificación centralizada en las que el Estado es el único agente relevante del mercado y la producción de bienes y servicios es un monopolio público. En contrario, la Carta adopta un modelo de economía social de mercado, que reconoce a la empresa y, en general, a la iniciativa privada, la condición de motor de la economía, pero que limita razonable y proporcionalmente la libertad de empresa y la libre competencia económica, con el único propósito de cumplir fines constitucionalmente valiosos, destinados a la protección del interés general”. De acuerdo con lo anterior, el texto constitucional fue dispuesto para una sociedad de mercado, es decir, para un tipo de organización que desarrolla procesos ágiles de intercambio, que buscan no sólo la satisfacción de necesidades básicas, sino también la obtención de ganancia, bajo el supuesto según el cual, la actividad económica debe ser dinámica y estar en crecimiento, todo ello en un escenario (el mercado) fundado en la libertad de acción de los individuos (las libertades económicas), en el que “las leyes de producción, distribución, intercambio y consumo se sustraen a la reglamentación consiente y planificada de los individuos, cobrando vida propia””¹⁵⁰.

¹⁵⁰Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana, C-032 de 2017, Magistrado Ponente, Alberto Rojas Ríos.

De los fallos de la Corte Constitucional, se establecen algunas características importantes de este derecho, como que es un derecho de carácter no absoluto, pues se limita por derechos considerados de mayor valor, como el bien común, la función social entre otros, por lo que no es un derecho que excluya la intervención del Estado.

Otros de los aspectos del liberalismo que se evidencian en la Constitución de 1991, es relativo a la estructura que se les dio a los asuntos internacionales, pues se estableció la integración económica, lo que abre las posibilidades a que se creen tratados de libre comercio. Esto resulta de gran importancia, pues el constituyente de 1991, dese el mismo preámbulo estableció la obligación del Estado Colombiano de impulsar la integración de la comunidad Latinoamericana, y en los artículos 226 y 227, hizo explícito el deber del Estado de promover *“la internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional”* y de promover *“la integración de la economía, social y política con las demás naciones y especialmente, con los países de América Latina y del Caribe mediante la celebración de tratados sobre bases de equidad, igualdad y reciprocidad(...)”*

La integración económica, tal como se explica en la sentencia C178 de 1995¹⁵¹, se ha identificado por el Gobierno como una estrategia complementaria al proceso de apertura económica, y se presenta como un imperativo del mundo contemporáneo

¹⁵¹Sentencia de la Corte Constitucional, C – 178 de 1995, Magistrado Ponente: Doctor, Fabio Moron Diaz.

cuyo desconocimiento implicaría desperdiciar oportunidades de progreso y bienestar.

Por otro lado, refiriéndonos a la intervención por parte del Estado, el artículo 334 de la Constitución Política, indica que la dirección General de la Economía estará a cargo del Estado, he indica que:

“Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. Dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho. En cualquier caso el gasto público social será prioritario.”

Esta es considerada la cláusula general de intervención estatal en la Economía. Al respecto de la intervención del Estado en la Economía, también tenemos algunas observaciones por parte de la Corte Constitucional, por ejemplo, la Sentencia C-228 de 2010, indica el contenido y el alcance de la intervención del Estado en la Economía:

“La intervención del Estado en la economía corre por cuenta de distintos poderes públicos y se ejerce por medio de diferentes instrumentos. Un rol

protagónico corresponde sin duda, al Congreso de la República, por medio de la expedición de leyes, bien sea que se trate específicamente de leyes de intervención económica (Arts. 150.21 y 334), como de otras leyes contempladas en el artículo 150 constitucional (por ejemplo, las leyes marco del numeral 19, o las leyes que versen sobre servicios públicos domiciliarios previstas en el numeral 23 de la misma disposición) o en general mediante el ejercicio de su potestad de configuración en materia económica. Pero la Constitución de 1991 también le confirió a la rama ejecutiva del poder público importantes competencias en la materia, no sólo mediante el ejercicio de la potestad reglamentaria, sino asignándole específicas atribuciones de inspección, vigilancia y control respecto de ciertas actividades o respecto de determinados agentes económicos. En conclusión, la Carta de 1991 tanto en su parte dogmática, como en su parte orgánica configuró un Estado con amplias facultades de intervención en la economía, las cuales se materializan mediante la actuación concatenada de los poderes públicos.”¹⁵²

De las sentencias anteriormente anotadas, se demuestra que el Estado está facultado para intervenir en la Economía a través de diversos poderes públicos, que tienen que funcionar coordinadamente, para poder garantizar el cumplimiento de los principios, derechos y deberes que implica el Estado Social de Derecho, y tal como lo indica la

¹⁵² Sentencia Corte Constitucional Colombiana, C 228 de 2010, Magistrado Ponente Doctor Luis Ernesto Vargas Silva.

misma constitución, en el artículo 334, el Estado se encuentra facultado para intervenir en los recursos públicos.

Ahora bien, en lo que se refiere específicamente al papel de los servicios públicos domiciliarios en la Constitución Colombiana, debemos empezar por reconocer que previo a la constitución, estos servicios fueron prestados directamente por entidades estatales, pero estas eran ineficientes, por lo que fue necesario redefinir el papel de Estado en la prestación, para atraer nuevos capitales que permitieran la modernización de la infraestructura existente, contribuyendo a su vez en la reducción del tamaño del Estado, lo que implicó que los monopolios estatales en la prestación de servicios fueran reemplazados por esquemas competitivos, donde se da la posibilidad de que actúen capitales públicos o privados, dejando al Estado el papel de reguladores y vigilantes de las empresas prestadoras.

Este nuevo esquema de prestación de los servicios públicos, se materializó en la modernización del Estado promovida en la Constitución de 1991, y fue clara en determinar la importancia de estos servicios, dedicando un capítulo especial a la finalidad social del Estado y de los servicios públicos.

En primer lugar, el artículo 365 de la Constitución Colombiana, empieza por señalar que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado, que implica la garantía de la prestación de los servicios públicos, como una forma de desarrollar principios como el de la vida, especialmente, en protección de aquellas personas que son consideradas como las menos favorecidas, a las cuales se les debe asegurar la prestación de los servicios, generando protección a nivel nacional.

Adicionalmente, señala el artículo ídem, que los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, que para el presente caso es la ley 142 de 1994, por

la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios, norma que se aplica a los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible, telefonía fija pública básica conmutada y telefonía local móvil en el sector rural; y a las actividades que realicen las personas prestadoras de servicios públicos domiciliarios.

Concretamente el artículo 365 de la Constitución Colombiana, señala lo siguiente:

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

Una de las características más importantes que se desprende de este artículo, el cual es analizado jurisprudencialmente más adelante, tiene que ver con que si bien se reconoce la posibilidad de que el servicio sea prestado por empresas privada, se indica que es el Estado quien mantendrá la regulación, control y vigilancia de los servicios públicos domiciliarios, aspecto de suma importancia, porque se tiene presente que dentro del llamado Estado Social de Derecho el responsable de garantizar la prestación de los servicios a través de su regulación, control y vigilancia, es el Estado.

Posteriormente, el artículo 336 ibidem, señala que el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida son finalidades del Estado, por lo que uno de sus objetivos principales debe ser solucionar las necesidades insatisfechas en materias de saneamiento ambiental y agua potable entre otras, por lo que se indica que el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier asignación. Este gasto público social implica la solución de las necesidades básicas insatisfechas, especialmente para la población que es considerada económicamente vulnerable, es distintos sectores como lo pueden ser la educación, vivienda, acueducto y alcantarillado, todo esto en pro de mejorar la calidad de vida de la población. Frente a este criterio, el artículo acá señalado, ordena que en los planes y presupuesto de la Nación y de las entidades territoriales, el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación.

Otro aspecto señalado por la constitución, que resulta importante para el esquema de prestación de los servicios públicos domiciliarios en Colombia, tiene que ver con el esquema subsidiado, donde se permite que la Nación, los departamentos, los municipios y las entidades descentralizadas concedan subsidios para que las personas de menores ingresos puedan pagar las tarifas de los servicios públicos domiciliarios, para que se cubran sus necesidades básicas, lo que desarrolla plenamente el sentido social de la constitución, reconociendo las grandes diferencias sociales que hay en el país, pero velando a su vez para que se garanticen condiciones de vida digna para los menos favorecidos.

Ahora bien, el artículo 370 de la constitución, señala textualmente que corresponde al presidente de la República señalar, con sujeción a la ley, “(...) *las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios y*

ejercer por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el control, la inspección y vigilancia de las entidades que los presten.”

Lo anterior quiere decir, que, si bien se reconoce que el director de la economía es el Estado, y es el llamado a asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos domiciliarios es este, directamente es el presidente de la República con sujeción a la ley, el llamado a señalar las políticas generales de administración y control de eficiencia de estos servicios.

No obstante, esta facultad presidencial fue delegada a las Comisiones de Regulación, en desarrollo del artículo 211 ídem, que señala lo siguiente:

“La ley señalará las funciones que el presidente de la República podrá delegar en los ministros, directores de departamentos administrativos, representantes legales de entidades descentralizadas, superintendentes, gobernadores, alcaldes y agencias del Estado que la misma ley determine. Igualmente, fijará las condiciones para que las autoridades administrativas puedan delegar en sus subalternos o en otras autoridades.

La delegación exime de responsabilidad al delegante, la cual corresponderá exclusivamente al delegatario, cuyos actos o resoluciones podrá siempre reformar o revocar aquel, reasumiendo la responsabilidad consiguiente.

La ley establecerá los recursos que se pueden interponer contra los actos de los delegatarios.”

Así pues, el artículo 68 de la Ley 142 de 1994, indica lo pertinente a la delegación de funciones presidenciales a las Comisiones, estableciendo que el presidente

señalará las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios, que le encomienda el artículo 370 de la Constitución Política, por medio de las comisiones de regulación de los servicios públicos.

Para el caso concreto de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento básico, las funciones presidenciales antes descritas, fueron delegadas, a través del Decreto 1524 de 1994¹⁵³, que en su artículo 1, señala que se delegan las funciones del Presidente de la República, a las que refiere el artículo 68 de la ley 142 de 1994 en la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, para que ejerza dichas funciones en la forma allí prevista según los servicios públicos respectivos.

Ahora bien, de lo anterior, podemos establecer que la constitución colombiana de 1991, nace como respuesta a la crisis social y económica que vivía el país para la apoca, y específicamente en materia de servicios públicos, presenta un cambio de esquema que abandona la prestación directa de los servicios por parte del Estado, por un esquema más competitivo, que busca servicios más eficiente y con mayor cobertura, reconociendo a través de sus artículos el sentido social, y las realidades de Colombia, donde se presentan grandes brechas entre los sectores, donde si bien se reconoce el servicio para todos, el menos favorecido debe ser protegido, asegurándole un mínimo vital, por medio de un esquema subsidiado, sin dejar de lado, que la responsabilidad de la regulación, control y vigilancia de los servicios públicos

¹⁵³ por el cual se delegan las funciones presidenciales de señalar políticas generales de administración y control de eficiencia en los servicios públicos domiciliarios, y se dictan otras disposiciones.

es del Estado, en principio ejercido a través del presidente de la república, facultad que fue delegada a las comisiones.

Todos estos artículos, ahora deben ser analizados a la luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado colombiano, para que se entiendan los alcances reales que se quisieron dar a esta norma máxima, que rige el marco de la prestación de los servicios públicos domiciliarios como mecanismos que, a través de su prestación, permite que se consoliden los fines del Estado social de Derecho en pro del bienestar general.

5.1. ANÁLISIS DE LA INTERVENCIÓN ESTATAL EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS DESDE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA.

Para este caso, en Colombia existe una sentencia que se constituye como la guía para el papel intervencionista del Estado en los servicios públicos, que es la sentencia C-150 de 2003 de la Corte Constitucional, donde el Magistrado Ponente Doctor Manuel José Cepeda Espinosa, se encargó de establecer la línea jurisprudencial en este aspecto, la cual será analizada a continuación, acompañándola de criterios jurisprudenciales de la misma corporación, que complementan lo allí expuesto.

Esta sentencia, empieza por analizar los cargos de inconstitucionalidad realizados por el ciudadano Humberto de Jesús Longas, frente a varios artículos de la Ley 142

de 1994¹⁵⁴, principalmente frente al artículo 2, donde se señala que el Estado intervendrá en los Servicios públicos, conforme a las reglas de competencia de que trata dicha Ley, en el marco de los dispuestos en los artículos 334, 336, 365 y 370 de la Constitución Política, para asegurar los fines que allí se indican.

La Corte Constitucional, empieza por resumir los cargos de la demanda en tres puntos importantes:

1. “(...) *Vulneración los artículos 6°, 115, 122, 124, 150 numerales 7 y 23, 189 numerales 14, 16, 17 y 22, 209, 211 y 370 de la Constitución **porque asignan directamente a las comisiones de regulación funciones propias del presidente de la República.** (...)”*
2. “(...) *Contravienen los artículos 1°, 2°, 58, 333, 334, 365, 366 y 367 de la Constitución porque **favorecen la libertad de empresa y la iniciativa privada en perjuicio de las obligaciones que recaen sobre el Estado respecto de la prestación de los servicios públicos** en un Estado social de derecho. (...)”*
3. “(...) *Vulneran los artículos 13, 42, 44, 49, 52, 67, 334 y 365 y 366 de la Constitución porque contemplan que **las empresas de servicios podrán suspender su prestación a los usuarios que incumplen con la obligación de pagar,** lo cual es contrario a la naturaleza de los servicios públicos en tanto que función inherente del Estado y a la función social de dichos servicios. (...)”*

¹⁵⁴ “Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones.”

Frente a este resumen de cargos, la Corte constitucional por medio de esta sentencia, pasa en primer lugar a analizar lo correspondiente a la regulación del mercado en un Estado Social y Democrático de derecho en el ámbito de los servicios públicos domiciliarios, para lo cual empieza por señalar en que consiste la función estatal de regulación, frente a las demás formas de intervención estatal en la economía.

En ese sentido, considera la Corte constitucional que:

“En un sentido amplio, todas las decisiones del Estado respecto del funcionamiento de la economía y la organización de la sociedad constituyen una forma de regulación económica y social. Así, el mercado económico no es un fenómeno natural, sino que depende de que el Estado establezca una serie de instituciones básicas, como el derecho de propiedad, la libertad contractual y un sistema de responsabilidad contractual y extracontractual cuya efectividad obedece a que exista una administración de justicia y una policía administrativa capaces de hacer respetar tales instituciones. Sin dicha regulación general del Estado, el mercado económico no podría existir ni funcionar. En este orden de ideas, el Código Civil, por ejemplo, constituye una modalidad de regulación tanto de las condiciones básicas del mercado como de la organización social.”¹⁵⁵

¹⁵⁵ Sentencia Corte Constitucional, C 150 de 2003, Magistrado Ponente Manuel José Cepeda.

Así pues, la doctrina ha establecido que esta regulación puede darse de diversas formas, según su forma, su tipo o su contenido, pero siempre obedeciendo a criterios técnicos que guarden concordancia con las características del sector y su propia dinámica, atendiendo el direccionamiento que se dé a los servicios públicos desde la dimensión política.

Atendiendo que estos criterios que se establecen, resultan importantes para el desarrollo del Estado Social de Derecho, se establece que pueden ser aplicados por dos tipos de órganos de regulación según lo establecido por la misma Constitución Política. En primer lugar, tenemos a los órganos de rango constitucional, dentro de los que se encuentra la Junta Directiva del Banco de la República¹⁵⁶, que la misma carta y la Constitución, le reconocen autonomía y facultades de regulación en aspectos monetarios, crediticios y cambiarios. Al respecto de la autonomía del Banco de la República, la Corte Constitucional señaló lo siguiente:

“El Banco ejecuta sus atribuciones institucionales dentro de un alto grado de autonomía. Ello le asegura un amplio margen de libertad e independencia en el ejercicio de sus competencias, sin injerencias externas de las ramas del poder público o de otros órganos del Estado, salvo las que son admisibles para asegurar la coordinación de funciones dentro de la concepción del Estado Unitario. Con todo, la autonomía del Banco no implica el ejercicio de competencias absolutas, esto es, por fuera de los

¹⁵⁶ Sentencia Corte Constitucional, C-021 de 1994, Magistrado Ponente Doctor Antonio Barrera Carbonell.

límites formales y materiales que la Constitución le impone, los cuales relativizan en cierta forma sus competencias hasta el punto de colocarlo como una pieza, desde luego importante, dentro del sistema que orienta, condiciona y regula el manejo económico del Estado, y del que hace parte tanto el Gobierno como el Congreso.”¹⁵⁷

En el mismo rango de órganos de regulación constitucionales, encontramos a la Comisión Nacional de Televisión cuya junta directiva está encargada de la dirección de la política que en materia de televisión determine la ley. No obstante, este órgano fue liquidado, en virtud del artículo 3 del Acto Legislativo 2 de 2011. Por lo que actualmente estas funciones en virtud de la Ley 1978 de 2019, pasaron a la Comisión de Regulación de Comunicaciones que según el artículo 19 de la Ley ídem “(...) es una Unidad Administrativa Especial, del orden nacional, con independencia administrativa, técnica, patrimonial, presupuestal, y con personería jurídica, la cual forma parte del Sector administrativo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. La CRC no estará sujeta a control jerárquico o de tutela alguno y sus actos solo son susceptibles de control ante la jurisdicción competente.”.

En segundo lugar, tenemos los órganos de creación legal, los cuales son encontrados en la constitución bajo la denominación de “otras entidades del orden nacional” y “agencias del Estado”, dentro de las que se encuentran entidades como

¹⁵⁷ Sentencia Corte Constitucional, C-208 de 2000, Magistrado Ponente Doctor Antonio Barrera Carbonell.

la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico – CRA, o la Comisión de Regulación de Energía y Gas – CREG.

En lo que concierne específicamente a los servicios públicos, vale la pena recordar que la Corte Constitucional, “(...) *al pronunciarse sobre la naturaleza y finalidad de los servicios públicos, ha resaltado el propósito que tuvo el Constituyente al establecerlos como una actividad inherente a la finalidad del Estado social de derecho, con el fin de facilitar su acceso a todos los habitantes del territorio colombiano(...).*”¹⁵⁸ Por lo que resulta claro, que la regulación de los servicios públicos corresponde “al Estado”, y no a un órgano específico o a un conjunto de autoridades predeterminadas, salvo la fijación de su régimen básico que corresponde al Congreso de la República.¹⁵⁹

En este sentido, el Congreso por medio de las leyes, puede determinar el órgano que hará cumplir el régimen de las regulaciones o el mandato de intervención. Señala la Corte Constitucional, que, en el ámbito de los servicios públicos, el legislador determino el régimen de su prestación, y confió en las llamadas “Comisiones de Regulación” la responsabilidad de hacer cumplir el régimen legal, tal como lo señala el artículo 365 de la Constitución.¹⁶⁰

¹⁵⁸ Sentencia Corte Constitucional, C-1371 de 2000, Magistrado Ponente Doctor Álvaro Tafur Galvis.

¹⁵⁹ Sentencia Corte Constitucional, C 150 de 2003, Magistrado Ponente Doctor Manuel José Cepeda.

¹⁶⁰ Sentencia Corte Constitucional, C 150 de 2003, Magistrado Ponente Doctor Manuel José Cepeda.

Por su parte, el artículo 375 de la Constitución Política, señala que corresponde al presidente de la República señalar, con sujeción a la ley, las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios, función que en virtud de delegación presidencial es pasada a las Comisiones de Regulación, debido a la posibilidad que tiene el ejecutivo de señalar, de conformidad con la ley, las políticas generales de la administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios.¹⁶¹

Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

“La regulación a cargo de las citadas comisiones hace referencia al cumplimiento de una función presidencial señalada en el primer aparte del artículo 370 constitucional, la cual se ejerce con sujeción a la ley, y requiere previa delegación del presidente de la República en los términos señalados en el artículo 211 de la Carta Política. Esta disposición constitucional deja en manos del legislador la competencia para indicar cuáles funciones presidenciales pueden ser delegadas, y no hace el mandato superior una enunciación taxativa de los funcionarios y organismos en los que puede recaer la delegación. Por eso alude, de modo genérico, a “las agencias del Estado que la misma ley determine”. Para la Corte resulta indudable que el precepto del artículo 211 de la Carta no excluye la posibilidad de delegación de funciones presidenciales en materia de servicios públicos, ni tampoco la que puede tener lugar en cabeza de unidades administrativas especiales.

¹⁶¹ Sentencia Corte Constitucional, C 272 de 1998, Magistrado Ponente Doctor Alejandro Martínez Caballero.

Pero, claro está, la delegación correspondiente tiene que concretarse en actos presidenciales y debe someterse a lo previsto en particular por el artículo 211 de la Carta Política y en general a los principios y disposiciones de ésta.”¹⁶²

Habiendo aclarado que estos órganos de regulación encuentran su fundamento constitucional debido a la delegación de funciones que hace el presidente de la República, nos recuerda la Corte Constitucional, que estas comisiones deben ejercer sus competencias con miras a alcanzar los fines que justifican su existencia en un mercado dentro de un Estado social de derecho. Dichos fines, pueden ser sociales que el mercado por sí solo no alcanzará, como definir las prioridades de orden político; o económicos atinentes a procurar que el mercado funcione adecuadamente en beneficio de todos, protegiendo a los desprotegidos, frente a aquellos que tienen una posición dominante.¹⁶³ Así pues, como se explicó anteriormente la función de regulación del Estado debe orientarse a garantizar la efectividad de los principios del Estado social de derecho, concepto que se desarrolla en tres principios orgánicos: legalidad; independencia y colaboración de las ramas del poder público para el cumplimiento de los fines esenciales del Estado.¹⁶⁴

¹⁶² Sentencia Corte Constitucional, C 1162 de 2000, Magistrado Ponente Doctor José Gregorio Hernández.

¹⁶³ Sentencia Corte Constitucional, C 150 de 2003, Magistrado Ponente Doctor Manuel José Cepeda.

¹⁶⁴ Sentencia Corte Constitucional, C 449 de 1992, Magistrado Ponente Doctor Alejandro Martínez Caballero.

Aunque en el capítulo anterior, ya se había hecho referencia a los fines del Estado social de derecho, como justificados de la intervención del Estado, vale la pena traer nuevamente a colación, el alcance de estos fines según las Constitución Política y la Jurisprudencia, para darle soporte al análisis de este capítulo. En esta línea, tenemos que al referirnos los objetivos o fines que deben ser defendidos por el Estado Social de Derecho, La constitución política establece que son fines del Estado, entre otros, servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución.¹⁶⁵

En desarrollo de lo anterior, y de la protección que debe brindar el Estado de los principios, derechos y deberes como uno de los objetivos del Estado social de derecho, el capítulo 5 de la Constitución colombiana establece lo correspondiente a “DE LA FINALIDAD SOCIAL DEL ESTADO Y DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS.” Y en el artículo 365 señalo que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado, por lo que es deber de este, asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. A su vez, indica que, si bien los servicios podrán ser prestados directamente por el

⁵⁵ Artículo 2 de la Constitución Política Colombiana.

Estado o por terceros, en todo caso “(...) *el Estado mantendrá la regulación, control y vigilancia de dichos servicios. (...)*”

Así pues, la Corte Constitucional colombiana, ha venido sosteniendo que el agua potable es un derecho fundamental, pues este recurso se constituye como fuente de vida y la falta del servicio atenta directamente con el derecho fundamental a la vida de las personas.¹⁶⁶ Adicionalmente, la Corte Constitucional indica lo siguiente:

*“El agua se erige como una necesidad básica, al ser un elemento indisoluble para la existencia del ser humano. El agua en el ordenamiento jurídico colombiano tiene una doble connotación pues se erige como un derecho fundamental y como un servicio público. En tal sentido, todas las personas deben poder acceder al servicio de acueducto en condiciones de cantidad y calidad suficiente y **al Estado le corresponde organizar, dirigir, reglamentar y garantizar su prestación de conformidad con los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.**”*¹⁶⁷ (Negrilla y subraya por fuera del texto original).

Por lo anterior, resulta claro desde el análisis jurisprudencial, que, por mandato constitucional, se permite la intervención del Estado, para que asegure a todos los

¹⁶⁶ Sentencia Corte Constitucional T-552 de 2011, Magistrado Ponente Doctor Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

¹⁶⁷ Sentencia Corte Constitucional Colombiana T-740 de 2011, Magistrado Ponente Doctor Humberto Antonio Sierra Porto.

colombianos la prestación de un servicio público tan importante como lo es el del agua potable, brindando protección especial a esta finalidad.

Esta protección especial, se evidencia al momento de establecer por parte de la Corte Constitucional que el agua potable es un derecho fundamental, ya que el agua constituye fuente de vida, y al no proporcionar la misma se atenta contra el derecho a la vida¹⁶⁸, lo que hace que el derecho fundamental al agua potable, goce de protección especial a través del juez de tutela, quien tiene la responsabilidad de asegurar la eficacia de los derechos fundamentales.¹⁶⁹

Volviendo puntualmente a lo que refiere la sentencia C-150 de 2003, en ella se señala que el Estado social de derecho, desarrolla la concepción de la igualdad material, que implica la protección especial de los más débiles respecto al manejo de los recursos escasos, en este sentido ha sostenido la Corte:

"La Constitución hace especial énfasis en la atención de los colombianos que se encuentran en situaciones de miseria o indigencia, cuya carencia de recursos y capacidades productivas los colocan en situaciones de manifiesta marginalidad, debilidad y vulnerabilidad. Por este motivo, los pobres absolutos quedan incluidos dentro del ámbito normativo de los incisos 2° y 3° del artículo 13 de la Carta, lo cual determina la obligación del Estado de implementar políticas de acción afirmativa que propendan la

¹⁶⁸ Sentencia Corte Constitucional Colombiana T-552 de 2011, Magistrado Ponente Doctor Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹⁶⁹ Sentencia Corte Constitucional Colombiana T-406 de 1992, Magistrado Ponente Doctor Ciro Angarita Barón .

*igualdad real y efectiva de este grupo de la población, que se orienten a resolver problemas acuciantes de su mínimo vital."*¹⁷⁰

Hasta este punto, hemos establecido, que la regulación de los servicios públicos está en cabeza del Estado, y no del presidente propiamente, por lo que para asegurar el cumplimiento de función regulatoria por parte del Estado, es necesario que diferentes poderes intervengan, por un lado tenemos al congreso fijando las normas que guiarán la política regulatoria de los servicios públicos, y por otro lado tenemos al poder ejecutivo, quien en cabeza del presidente delega¹⁷¹ las funciones de regulación, y control, inspección y vigilancia a órganos considerados como independientes, delegación que como ya observamos, es constitucionalmente viable. Así pues, estos órganos se convierten en los encargados de ejecutar las políticas que en materia de regulación de servicios públicos se construyen, sin dejar de lado, que el fin de estos organismos, es coadyuvar al fin que tiene el Estado por

¹⁷⁰ Sentencia Corte Constitucional, C 150 de 2003, Magistrado Ponente Doctor Manuel José Cepeda.

¹⁷¹ Sentencia Corte Constitucional, C - 1162 de 2000, Magistrado Ponente Doctor José Gregorio Hernández Galindo. *"La regulación a cargo de las citadas comisiones hace referencia al cumplimiento de una función presidencial señalada en el primer aparte del artículo 370 constitucional, la cual se ejerce con sujeción a la ley, y requiere previa delegación del Presidente de la República en los términos señalados en el artículo 211 de la Carta Política. Esta disposición constitucional deja en manos del legislador la competencia para indicar cuáles funciones presidenciales pueden ser delegadas, y no hace el mandato superior una enunciación taxativa de los funcionarios y organismos en los que puede recaer la delegación. Por eso alude, de modo genérico, a "las agencias del Estado que la misma ley determine". Para la Corte resulta indudable que el precepto del artículo 211 de la Carta no excluye la posibilidad de delegación de funciones presidenciales en materia de servicios públicos, ni tampoco la que puede tener lugar en cabeza de unidades administrativas especiales. (...)"*

medio de la Regulación, que es que se cumplan los fines del Estado Social de Derecho, lo que implica la protección a los más desprotegidos, máxime si se trata de la garantía de derechos fundamentales como el acceso al Agua Potable.

Ahora bien, resulta importante establecer la importancia de la independencia del órgano de regulación, para que estos, aseguren que las decisiones en materia regulatoria en el ámbito de los servicios públicos, se tome teniendo en cuenta consideraciones técnicas y no políticas, por lo que en el legislador al momento de diseñar estos órganos les brindo de independencia dentro de los límites constitucionales y legales, en este sentido, la Corte Constitucional, señala lo siguiente:

“Se reconoce al Congreso la facultad de determinar la estructura de la Administración Nacional, y en desarrollo de esa misma función también se encuentra habilitado para fijar las características de los órganos creados, esto es, para establecer, como en este caso, la independencia administrativa, técnica y patrimonial de ciertas agencias estatales, con o sin personería jurídica -que en este proceso corresponden a las denominadas unidades administrativas especiales-, para modificar sus características y aun para suprimirlas. Como la Constitución no consagra una enunciación taxativa de los tipos de órganos que pueden ser instituidos en desarrollo de dicha norma, tiene el Congreso la potestad de formular nuevas modalidades

de órganos y de renovarlas, con miras a garantizar la eficiencia de la acción estatal y del servicio público.”¹⁷²

En efecto, lo que se busca con la independencia que el legislador le brinda a las comisiones de regulación, es que las actuaciones de estas respondan con efectividad a las necesidades propias de cada uno de los sectores que regulen, siempre encontrándose dentro de los fines, que la Constitución y el Legislador le han brindado, en pro del cumplimiento de los fines del Estado social de derecho, y no se guíen por presiones políticas o coyunturales, o por fuerzas que inciden en el proceso decisorio; o por la captura del regulador por el regulador. Situaciones estas, que incluyen en que el órgano regulador no pueda responder adecuadamente en garantía del cumplimiento de los derechos de los usuarios y la prestación del servicio.¹⁷³

Menciona la Corte, que, al sujetar las decisiones de las comisiones de regulación a criterios técnicos, el legislador buscó que éstas estuvieran fundadas sobre parámetros objetivos, adoptadas con proceso cuidadosos de deliberación, usando criterios objetivos que conlleven al cumplimiento de los fines que indique la normatividad para el caso de los servicios públicos.

Así pues, el legislador en su facultad configurativa estableció una serie de características para las comisiones de regulación, que se espera, brinden

¹⁷² Sentencia Corte Constitucional, C - 1162 de 2000, Magistrado Ponente Doctor José Gregorio Hernández Galindo.

¹⁷³ Sentencia Corte Constitucional, C 150 de 2003, Magistrado Ponente Doctor Manuel José Cepeda.

objetividad, imparcialidad y neutralidad a las decisiones que tomen dichas comisiones, dichas características se evidencian en la Ley 142 de 1994, y son las siguientes:

- a) Son órganos colegiados.
- b) Tienen carácter técnico y especializado.
- c) Cuentan con independencia patrimonial.
- d) Los comisionados tienen periodos fijos.
- e) Están sometidos al régimen de intereses, compatibilidades e inhabilidades.

Las anteriores características, acompañadas de la participación directa de los usuarios de los servicios públicos en los procesos de adopción de regulación tiene un propósito amplio consistente en desarrollar en ese ámbito la democracia participativa, que se constituye en uno de los principios rectores de la Constitución Colombiana de 1991. En la democracia participativa, se valora más al ciudadano, pues el sistema político puede alcanzar con su ayuda mayores niveles de eficiencia, pues el ciudadano toma parte directa de las decisiones a adoptar.¹⁷⁴

Al respecto, señala la Corte Constitucional que:

“La democracia participativa procura otorgar al ciudadano la certidumbre de que no será excluido del debate, del análisis ni de la resolución de los factores que inciden en su vida diaria, ni tampoco de los procesos políticos que comprometen el futuro colectivo. Asume la Constitución que cada

¹⁷⁴ Sentencia Corte Constitucional, T - 637 de 2001, Magistrado Ponente Doctor Manuel José Cepeda.

ciudadano es parte activa en las determinaciones de carácter público y que tiene algo que decir en relación con ellas, lo cual genera verdaderos derechos amparados por la Carta Política, cuya normatividad plasma los mecanismos idóneos para su ejercicio.”

Lo anterior, implica que para que efectivamente se desarrolle el principio de participación ciudadana que señala la Constitución en su artículo 2 como uno de los fines del Estado: “(...) *facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación;* (...)”, sea necesario que los interesados tengan acceso efectivo a la información que consideren pertinente para ejercer su participación en los procesos regulatorios, por lo que es obligación de las comisiones proporcionar dicha información previamente, para que el usuario la pueda analizar, y así realizar sus observaciones, las cuales deben ser respondidas por las entidades, y atendidas en caso de considerarlo necesario dentro de los proyectos regulatorios.

Hasta este punto, ya habíamos establecido que le Regulación corresponde al Estado, pero la misma Constitución, da funciones al presidente en esta materia, las cuales, a su vez, son delegadas por el presidente a otros órganos independientes, los cuales son conocidos como comisiones de regulación cuyas funciones y límites son diseñadas por el legislador. A su vez, se establece, la importancia de que estos órganos, gocen de independencia, para asegurar que la labor que realicen, se haga de la manera más técnica y objetiva posible, para lo cual el legislador dota a estos órganos, de características adicionales a la independencia que permiten la objetividad en la regulación, lo que acompañado de una participación ciudadana

activa, garantizan que los procesos regulatorios, sean llevados de forma objetiva, teniendo como resultado que el proceso regulatorio, tenga como fin el bienestar de la mayoría, en desarrollo de los principios del Estado social de derecho.

Lo anterior, sirve como guía para establecer, que no resulta cierta, el primero de los cargos globales que se indican en la sentencia, donde se señala que se asignan directamente a las comisiones, funciones propias del presidente de la República, pues como se establece, la regulación es un tema que le concierne al Estado, y el Estado, hace uso de sus poderes, tanto legislativo, como ejecutivo, para llevar a cabo esta tarea, razón por la cual, la Constitución faculta en su artículo 211 al legislador, para que por ley señale las funciones presidenciales que pueden ser delegadas a otros órganos del Estado.¹⁷⁵

Habiendo establecido lo anterior, paso a analizar lo que la Corte en su sentencia C – 150 de 2003, a determinado frente a si la Ley 142 de 1994, efectivamente o no favorece la Libertad de Empresa y la iniciativa privada; y si el esquema tarifario al fundarse en criterios de eficiencia y suficiencia financiera, va en perjuicio de las obligaciones del Estado en materia de servicios públicos, tal como lo establece la demanda de constitucionalidad, pues conlleva a que los sectores más pobres de la sociedad encuentran dificultad o incluso se vean en imposibilidad de tener acceso a su presentación.

¹⁷⁵ En este sentido, la sentencia de la Corte Constitucional C-1162 de 2002, señala que los órganos indicados en el artículo 211 de la constitución no son taxativos, pues el congreso tiene la facultad de determinar la estructura administrativa del país, lo que faculta que las funciones presidenciales, sean dadas a las llamadas agencias independientes o comisiones de regulación que son creadas por Ley.

Al respecto, la Corte constitucional señala, que la Ley 142 de 1994, previó en su artículo 88, tres regímenes de regulación, que son la Libertad Regulada, la libertad vigilada, o el régimen de libertad, lo que implica que siempre en mayor o menor medida las empresas prestadoras de servicios públicos se encuentran sujetas a un régimen regulatorio, pues aún cuando se defina un régimen de libertad, los criterios para establecer si estos son posible, son determinados por las respectivas comisiones, quienes a su vez, deben determinar si los criterios para la libertad regulatoria se siguen cumpliendo en el tiempo, y evitar que se produzca posición dominante por parte del prestador. Al respecto de el régimen tarifario, la Corte señalo en otras de sus sentencias lo siguiente:

(...) 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.”¹⁷⁶

¹⁷⁶ Sentencia Corte Constitucional, C-041 de 2003, Magistrado Ponente Doctor Jaime Córdoba Triviño.

Así pues, concluye la Corte que el demandante “(...) *carece de razón cuando afirma que las normas acusadas prevén un régimen de libertad respecto de los servicios públicos que conduce a que el Estado pierda la posibilidad de mantener la regulación de su prestación. En efecto, el Estado conserva, en ambas situaciones, la función de intervenir en los servicios públicos, aunque se valga de instrumentos diferentes dependiendo de si hay o no condiciones de mercado.*”¹⁷⁷ Por lo que no se cumpliría el cargo en el que se indica que se “(...) **favorecen la libertad de empresa y la iniciativa privada en perjuicio de las obligaciones que recaen sobre el Estado respecto de la prestación de los servicios públicos** en un Estado social de derecho. (...)”, pues el régimen de libertad se presenta solo bajo ciertos criterios, y son revisados constantemente por las mismas Comisiones.

Ahora bien, frente a la suspensión de la prestación de los servicios a los usuarios que no cumplen la obligación de pagar, el artículo 130 de la Ley 142 de 1994, adicionado por el artículo 18 de la Ley 689 de 2001, indica la obligatoriedad de la empresa prestado de suspender el servicio del usuario o suscriptor que incumpla la obligación de pagar oportunamente los servicios facturados.

Ya en reiteradas sentencias de la Corte Constitucional, se ha sostenido que los servicios públicos son onerosos, lo que implica la obligación de pagarlos, pues con estos se realiza el financiamiento de las inversiones de expansión y funcionamiento del mismo servicio ¹⁷⁸, lo que se sustentan en la existencia de un contrato de

¹⁷⁷ Sentencia Corte Constitucional, C 150 de 2003, Magistrado Ponente Doctor Manuel José Cepeda.

¹⁷⁸ Sentencia Corte Constitucional, C 580 de 1992, Magistrado Ponente Doctor Fabio Morón Díaz.

prestación de servicios, brindando una base contractual a la relación entre usuarios y prestadores, lo que implica que sea oneroso. Ahora bien, el hecho de que se establezca por la Constitución que los servicios públicos tienen una función social, no significa que su prestación deba ser gratuita, pues involucra un componente de solidaridad¹⁷⁹, donde todos debemos contribuir con las inversiones del Estado.

En el mismo sentido, la Corte Constitucional ha señalado en sentencias de tutela, que el corte del servicio se puede dar según lo indicado en la misma ley 142 de 1994, que habla de incumplimiento del pago de 3 facturas, con esto, se protege que el servicio no presente desfinanciación a futuro, pues muchos podría decidir no pagar, y por vía de tutela buscar la reconexión, lo que generaría problemas de rendimientos para las empresas prestadoras, por lo que es claro, que es un servicio oneroso, que si bien reconoce la función social, esto no excluye que se cumpla lo pactado contractualmente.

¹⁷⁹ Según la Sentencia de la Corte Constitucional C – 086 de 1998, “La Corte entiende que el legislador, en uso de sus competencias y de los recursos y mecanismos fiscales a su alcance, puede imponer contribuciones como las que regula la ley 142 de 1994, con el objeto de que determinado sector de la población, con cierta capacidad económica, asuma los costos que implica la prestación de servicios a quienes no pueden sufragar su costo real. De esta manera, se busca que toda la población tenga acceso a los servicios públicos y pueda cubrir sus necesidades básicas insatisfechas, en aplicación del principio de solidaridad que consagra el numeral 9º del artículo 95 de la Constitución, según el cual, es deber de las personas que habitan en el territorio colombiano “contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de justicia y equidad”, en concordancia con el artículo 2º de la Constitución, según el cual el Estado debe promover la prosperidad general. El sistema de subsidios a través del presupuesto, en concepto de esta Corporación, no es el único recurso con que cuenta el Estado para cumplir sus fines sociales en materia de servicios públicos.”

5.2. ANÁLISIS DE LEGALIDAD DE ACTOS ADMINISTRATIVOS EXPEDIDOS POR LAS COMISIONES DE REGULACIÓN, DESDE LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO DE COLOMBIA.

La primera de las sentencias que merece la pena revisar por parte del Consejo de Estado, es el fallo 917 de 2011, donde actuó como consejero ponente el doctor Enrique Gil Botero. En esta sentencia, el actor presentó acción popular contra el Municipio de Topaipí – Colombia, pues en su consideración no se protegían derechos colectivos como la moralidad administrativa, defensa del patrimonio público, seguridad y salubridad pública, acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública, acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna, y a los derechos de los consumidores y usuarios. Lo anterior, debido a que el Consejo Municipal no creó el fondo de solidaridad y redistribución social de ingresos, lo que amenaza el acceso a los servicios públicos domiciliarios de los estratos 1, 2 y 3. En este sentido el actor solicita: primero, que se ordene al Consejo Municipal la creación del Fondo de solidaridad y redistribución social de ingresos; segundo que se le solicite a las empresas prestadoras de los servicios públicos, que informen el manejo que le han dado a las contribuciones de que trata el artículo 89 de la ley 142 de 1994¹⁸⁰; por

¹⁸⁰ “(...) Las comisiones de regulación exigirán gradualmente a todos quienes prestan servicios públicos que, al cobrar las tarifas que estén en vigencia al promulgarse esta Ley, distingan en las facturas entre el valor que corresponde al servicio y el factor que se aplica para dar subsidios a los usuarios de los estratos 1 y 2. Igualmente, definirán las condiciones para aplicarlos al estrato 3.

Los concejos municipales están en la obligación de crear "fondos de solidaridad y redistribución de ingresos", para que al presupuesto del municipio se incorporen las transferencias que a dichos fondos deberán hacer las empresas de servicios

ultimo solicita la aplicación del incentivo de que trata el artículo 39 de la ley 472 de 1994¹⁸¹.

En primera instancia, el tribunal negó las pretensiones de la demanda, al considerar que no se violan derechos colectivos, puesto que indican que el municipio cumplió con el deber legal de crear el Fondo de Solidaridad y Redistribución social de ingresos, para los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo. Adicionalmente considero el tribunal que el municipio realizo labores tendientes a poner en funcionamiento lo señalado por la ley 142 de 1994, lo que se considera hecho suficiente para tener como no quebrantados los derechos colectivos. Dicha sentencia del tribunal fue impugnada por el actor pues el fondo debe ser para todos los servicios públicos, no solo para el servicio de agua potable y saneamiento básico, por lo que existe la necesidad de subsidiar en los demás servicios a los estratos 1, 2 y 3; y reitero que no hay información frente al manejo de los prestadores han dado a los ingresos resultantes de aplicar la compensación entre los recaudos de contribución y los subsidios otorgados.

públicos, según el servicio de que se trate, de acuerdo con lo establecido en el artículo 89.2 de la presente Ley. Los recursos de dichos fondos serán destinados a dar subsidios a los usuarios de estratos 1, 2 y 3, como inversión social, en los términos de esta Ley. A igual procedimiento y sistema se sujetarán los fondos distritales y departamentales que deberán ser creados por las autoridades correspondientes en cada caso.(...)"

¹⁸¹ Este incentivo, se encuentra actualmente derogado de la Ley por el artículo 1 de la ley 1425 de 2010. Este consistía en que el demandante en una acción popular tenia derecho a recibir un incentivo que el juez fijara entre diez (10) y ciento cincuenta (150) salarios mínimos mensuales, que encontraba su fundamento en que se encontrara un beneficio en pro de la población

Al respecto, el Consejo de Estado, empieza sus consideraciones analizando la fundamentación jurídico-política de los subsidios y las contribuciones, señalando que estas se constituyen como una forma de intervención del Estado en la economía, pues por medio de los subsidios la relación entre el prestador de servicios y los usuarios se regula en favor de las personas de bajos recursos.

Recuerda el Consejo de Estado, que la realización del modelo del Estado Social de Derecho se concreta a través de la prestación efectiva de los servicios públicos “(...) *ya que estos se relacionan íntimamente con la dignidad humana inherente a toda persona que exige el acceso y la satisfacción de las necesidades básicas en una comunidad moderna como la que vivimos.*”¹⁸²

En este sentido, la Constitución confía al Congreso, la definición de la política social del Estado, por lo que la ley autoriza la concesión de un subsidio para el pago de los servicios públicos básicos de las personas de menores ingresos¹⁸³, promoviendo la igualdad material en el uso y disfrute de los servicios públicos domiciliarios de las personas con menos recursos, las cuales si no contaran con el apoyo estatal quedarían marginados de la prestación del servicio.

Así mismo, el pago de las contribuciones a cargo de los estratos 5 y 6 y del sector industrial y comercial, en favor de las personas con menos recursos, expresa el

¹⁸² Consejo de Estado de Colombia, fallo 917 de 2011, consejero ponente el doctor Enrique Gil Botero.

¹⁸³ Es importante manifestar, que estos subsidios encuentran fundamento constitucional en el artículo 368 de la Constitución Política Colombiana, que autoriza a la nación, departamentos y municipios a conceder subsidios para que las personas de menores ingresos puedan pagar las tarifas de los servicios públicos domiciliarios que cubran sus necesidades básicas.

deber de solidaridad que unos deben tener frente a otros en el Estado Social de Derecho, coadyuvando a que las personas con menores recursos accedan a la prestación efectiva de los servicios públicos domiciliarios, garantizando acceso a unas condiciones mínimas de vida¹⁸⁴. A su vez, se aclara en este punto, que el Estado no tiene carácter benefactor, pues su función de garantizar condiciones mínimas de vida no se centra en la caridad, sino en la promoción de las capacidades de los individuos, con el objeto de que cada uno pueda lograr la satisfacción de sus propias aspiraciones. Así pues, estos subsidios aseguran que se cumplan los mandatos constitucionales en favor de las personas con menos recursos.

Por otro lado, tenemos las contribuciones, reguladas por la ley 142 de 1994, que consiste en el dinero pagado por los usuarios de estratos 5 y 6 de servicios públicos domiciliarios, con la finalidad de ayudar a otros usuarios a sumir el pago de la prestación de los servicios, que como se explicó anteriormente no cuentan con la solvencia necesaria para asumir el pago de los servicios en su totalidad directamente. Estas contribuciones según el artículo 89 de la ley ídem, se dan en aplicación de los criterios de solidaridad y redistribución de ingresos, que al recibirse se convierten para la sala del Consejo de Estado¹⁸⁵, en bienes fiscales y considerados por la Corte Constitucional como impuestos con una destinación específica, pues independientemente de la denominación que se le dé en las leyes,

¹⁸⁴ Sentencia Corte Constitucional, T-036 de 1995, Magistrado Ponente, Doctor Carlos Gaviria Díaz.

¹⁸⁵ Consejo de Estado de Colombia, fallo 917 de 2011, consejero ponente el doctor Enrique Gil Botero.

este recargo resulta de la capacidad impositiva del legislador, quien decidió gravar a un sector de la población que por sus capacidades podría soportar esta carga.¹⁸⁶

Ahora bien, frente a la regulación de los fondos de solidaridad y redistribución social de ingresos, estos son creados por el artículo 89¹⁸⁷ de la ley 142 de 1994, utilizando como fuente las contribuciones pagadas por los estratos 5 y 6 y el sector industrial y comercial, por lo que estos fondos se constituyen como un mecanismo administrativo que sirve para realizar la administración de los recursos que se destinan para pagar subsidios, en cualquiera de los servicios públicos.

Teniendo en cuenta el anterior análisis de los subsidios, contribuciones y del fondo de solidaridad, el Consejo de Estado, considera que el Municipio no cumplió con las exigencias de la norma frente a la creación del fondo, y que este efectivamente transfiere los recursos de las contribuciones a los estratos 1, 2 y 3, por lo que se considera que el municipio ha vulnerado los derechos al acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna, pues no se conceden los subsidios, por lo que termina la sala por ordenar que se ponga en funcionamiento

¹⁸⁶ Sentencia de la Corte Constitucional, C – 086 de 1998, Magistrado Ponente Jorge Arango Mejía.

¹⁸⁷ "(...) Los concejos municipales están en la obligación de crear "fondos de solidaridad y redistribución de ingresos", para que al presupuesto del municipio se incorporen las transferencias que a dichos fondos deberán hacer las empresas de servicios públicos, según el servicio de que se trate, de acuerdo con lo establecido en el artículo 89.2 de la presente Ley. Los recursos de dichos fondos serán destinados a dar subsidios a los usuarios de estratos 1, 2 y 3, como inversión social, en los términos de esta Ley. A igual procedimiento y sistema se sujetarán los fondos distritales y departamentales que deberán ser creados por las autoridades correspondientes en cada caso."

el Fondo de Solidaridad y redistribución de ingresos, para la prestación de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo.

La sentencia anteriormente analizada, resulta de gran importancia para el conocimiento del marco general de la prestación de servicios públicos en Colombia, pues no todos los países reconocen un esquema de subsidios y contribuciones, que aseguren el desarrollo del principio de solidaridad dictado por nuestra constitución política, por lo que podemos concluir que estos dos criterios, se desarrollan como formas de intervención del Estado, por medio del cual protege a los menos favorecidos, asegurando que tengan acceso a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, con la contribución que hacen las personas de mayores recursos, reconociendo las realidades de Colombia y de nuestra constitución, donde como se señaló anteriormente, reconoce un gran sentido social en sus disposiciones en pro de la población.

Otro de los temas frente a los que el Consejo de Estado ha entrado a definir, pero esta vez no por medio de sentencias, si no por medio de concepto, es el concerniente al régimen de contratación de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, por lo que la Sala de Consulta y Servicio Civil por medio de concepto No. 666 de 1995 donde actuó como Consejero Ponente el doctor Humberto Mora Osejo, resolvió el siguiente cuestionamiento formulado por el Ministerio de Comunicaciones, relacionada con el Artículo 31 de la ley 142 de 1994, donde se solicita que se señale si las empresas industriales y comerciales del Estado, se encuentran excluidas de cumplir con el régimen de contratación que

establece la ley 80 de 1993¹⁸⁸, y que por tanto se podía establecer que las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios conformadas como empresas comerciales e industriales del Estado quedan excluidas del cumplimiento de este estatuto de contratación pública. Frente a este tema, el Consejo conceptuó señalando, que como regla general cuando una Entidad pública preste servicios públicos se entiende que estas se regirán por el derecho privado, no obstante, existen casos específicos señalados por la Ley, donde se deberá hacer uso de contratación pública, y tendrán control de la jurisdicción contencioso administrativa, así mismo, este concepto del consejo de Estado fue llevado a una modificación del artículo ídem, por lo que la normativa actual, nos lleva a establecer que siempre se hace uso del derecho privado, salvo que en los contratos se pacten cláusulas exorbitantes.¹⁸⁹

¹⁸⁸ "Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración PÚBLICA"

¹⁸⁹ "ARTÍCULO 3° de la Ley 689 de 2001. Modifícase el artículo [31](#) de la Ley 142 de 1994 el cual quedará así:

"Artículo 31. Régimen de la contratación. Los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos a los que se refiere esta ley no estarán sujetos a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, salvo en lo que la presente ley disponga otra cosa.

Las Comisiones de Regulación podrán hacer obligatoria la inclusión, en ciertos tipos de contratos de cualquier empresa de servicios públicos, de cláusulas exorbitantes y podrán facultar, previa consulta expresa por parte de las empresas de servicios públicos domiciliarios, que se incluyan en los demás. Cuando la inclusión sea forzosa, todo lo relativo a tales cláusulas se regirá, en cuanto sea pertinente, por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y los actos y contratos en los que se utilicen esas cláusulas y/o se ejerciten esas facultades estarán sujetos al control de la jurisdicción contencioso administrativa.

La anterior postura, fue ratificada por medio de sentencia 20683 de 2011 de la Sección Tercera del Consejo de Estado, donde actuó como Consejera Ponente la Doctora Olga Mélida Valle de la Hoz, en dicho proceso, el actor solicitó que se declarara la nulidad del acto administrativo, por medio del cual la empresa de acueducto y alcantarillado de Bogotá E.S.P. liquidó el contrato de obra No. T-614-0-94, debido al desequilibrio contractual que se presentó en este por falta de diseños, así pues, en las consideraciones del fallo al momento de analizar la competencia para decidir, el Consejo de Estado indicó lo siguiente:

El artículo 31 de la ley 142 de 1994, fue modificado por el artículo 3 de la ley 689 de 2001, y se dispuso que los contratos que celebren las entidades estatales que prestan los servicios públicos se regirán por las disposiciones normativas aplicables a dicho sector, y no por el estatuto de contratación pública. *“(…) Así, de acuerdo con las mencionadas normas (…) es claro que: i) los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994, determinaron que los actos y contratos de las prestadoras de servicios públicos de naturaleza estatal se encuentran regidos por el derecho privado, salvo las excepciones previstas en la misma ley; ii) cuando el artículo 31 estableció que los contratos que celebraran dichas entidades estatales de servicios públicos a los que se refiere esa ley, y que tengan por objeto la prestación de esos servicios, se regirán por el párrafo 1 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, los sustrajo del ámbito de aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública (...)”*¹⁹⁰. No obstante, de la anterior regla se exceptuaron los contratos donde

¹⁹⁰ Sentencia Consejo de Estado No. 20683 de 2011, Sección Tercera, Consejera Ponente la Doctora Olga Mélida Valle de la Hoz

las comisiones de regulación obliguen a la aplicación de cláusulas exorbitantes, las cuales se regirán por lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, y estarán sujetos al control de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Por otro lado, reconoce la sala del Consejo de Estado, que la entrada en vigencia de la ley 142 de 1994, trajo consigo controversias para determinar el juez natural competente para conocer de estas diferencias, máxime cuando se trata de empresas públicas que prestan estos servicios públicos domiciliarios, por lo que por medio de la ley 1107 de 2006 se delimitó el objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, al disponer que en todo litigio donde haga parte una entidad pública será resuelta por esta jurisdicción. *“(…) Así las cosas, el criterio para definir el sujeto de control pasa a ser el orgánico, lo que implica que lo importante ahora es establecer si la entidad involucrada en la disputa es o no estatal. Dicha ley es de aplicación inmediata según lo dispone su artículo 3º. En consecuencia, con el objetivo de resolver el caso sub lite, esta Sub-Sección no entrará a analizar si el contrato suscrito entre el contratista y la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá guarda relación o no con el servicio público –criterio que invoca el art. 132.5 C.C.A.-, o si tiene o no cláusulas exorbitantes –criterio que invoca el art. 31 de la ley 142 de 1994-, pues estos fundamentos han quedado superados, con la entrada en vigencia de la ley 1107 de 2006, que, como se dijo ad supra, “se atiende al factor orgánico, no material o funcional, para definir la competencia a favor de esta jurisdicción(…)”¹⁹¹.*

¹⁹¹ Sentencia Consejo de Estado No. 20683 de 2011, Sección Tercera, Consejera Ponente la Doctora Olga Mélida Valle de la Hoz

En la misma línea, la Sentencia del Consejo de Estado No. 00699 de 2019, Sección Tercera, Consejero Ponente la Doctor Alberto Montaña Plata, expuso que la normatividad “(...) *implica que el régimen aplicable a los actos y contratos de las empresas de servicios públicos domiciliarios es el del derecho privado y, en el caso concreto, el del Derecho comercial. (...) Tal y como lo establece el artículo 32 de la Ley 142 de 1994 (...) La norma en cuestión es absolutamente clara cuando establece que el régimen de derecho privado se refiere a los actos y contratos de las empresas prestadoras de servicios públicos, que no de sus socios.*” ¹⁹²

En este sentido, la jurisprudencia del Consejo de Estado, es clara en indicar que el régimen que deben aplicar las empresas prestadoras de servicios públicos es la del derecho privado, salvo las excepciones arriba expuestas, exceptuando que el prestador sea una entidad pública, caso en el cual las decisiones del prestador deben ser conocidas por la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, sin que media la naturaleza del acto.

Este aspecto relevante, frente a la competencia para conocer de procesos contra las empresas prestadoras de servicios, fue abordado más recientemente en sentencia de unificación del Consejo de Estado No. 2009-00131 de 03 de septiembre de 2020 donde actuó como Consejero Ponente el Doctor Alberto Montaña Plata, proceso en el cual dos empresas de vigilancia demandaron a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P.

¹⁹² Sentencia del Consejo de Estado No. 00699 de 2019, Sección Tercera, Consejero Ponente la Doctor Alberto Montaña Plata

Frente al conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo a la presente controversia, reconoce el Consejo de Estado, que este tema no ha tenido una línea unívoca, pero en el derecho positivo se vienen generando una solución constante. El problema inició por un vacío normativo de la ley 142 de 1994, que, si bien señalaba el régimen jurídico de las empresas prestadoras, no indicó cual debía ser el juez natural que se encargara de las controversias presentadas con los prestadores.

Históricamente, la jurisprudencia reconoce tres tesis frente a este problema. La primera, tiene como regla que al aplicarse a los servicios públicos el régimen privado, entonces correspondía a la jurisdicción ordinaria conocer del tema, salvo las excepciones contempladas para ser conocidas por la jurisdicción contencioso administrativa. La segunda tesis, indicaba que cuando se hablaba de controversias contractuales de las empresas y estas fueran entidades estatales, el juez de la controversia debía ser el de lo contencioso administrativo, lo que implicaba en primer lugar conocer la naturaleza de la empresa prestadora y, la tercera tesis, que es la que se encuentra vigente a la fecha, y la que se recoge en esta sentencia de unificación que se analiza, encuentra su fundamento en una solución de derecho positivo que señala que, si el problema surge frente a un vacío normativo donde no es clara la aplicación de la jurisdicción que debe aplicarse, se dará aplicación a la cláusula general de competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo ¹⁹³, ya que esta existe justamente para cubrir estas lagunas

¹⁹³ Cláusula contenida en el artículo 104 de la Ley 1437 de 2011.

interpretativas¹⁹⁴, y en virtud de la cual, si el sujeto prestador del servicio público domiciliario es una entidad pública, el conocimiento de esta corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, razón por la cual se determinó que el Consejo de Estado era competente para conocer del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el tribunal administrativo en primera instancia.

Otro aspecto analizado por el Consejo de Estado, es el referente al abuso de posición dominante que pueden ejercer las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, para lo cual analizaremos la sentencia de la sección primera con radicado No. 282 de 2008, donde actuó como Consejero Ponente el Doctor Guillermo Vargas Ayala. En dicho proceso, el acto demanda en nulidad y restablecimiento del derecho dos resoluciones de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, en las que sanciona a la parte actora que es Colombiana de Telecomunicaciones S.A. E.S.P. por considerar entre algunos aspectos que abuso de posición dominante.

Frente a este aspecto, la sala del Consejo empieza por referirse a algunas características fundamentales de los servicios públicos y a la intervención del Estado, para posteriormente hablar de las disposiciones constitucionales y legales de la posición de dominio, y pasar a decidir frente a si la empresa actora ostento o no dicha posición.

¹⁹⁴ Sentencia Consejo de Estado, No. 42003 de 2020, Sección Tercera, Consejero Ponente Doctor Alberto Montaña Plata.

En el primero de los puntos antes indicados, el Consejo de Estado señaló que “(...) *La concepción del Estado Social de Derecho comporta el cumplimiento de ciertos fines en cabeza de la organización estatal orientados a servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta Política (artículos 1 y 2 de la C.P.). Dentro de ese contexto, el Constituyente otorgó especial importancia a los servicios públicos al establecer, de un lado, que los mismos son inherentes a la finalidad social del Estado y, de otro, que es deber de éste asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.*”¹⁹⁵, dichas disposiciones fueron consagradas en el artículo 365 de la Constitución tal como se explicó anteriormente, entendiendo que sin importar quien preste el servicio, el Estado mantendrá la Regulación, Control y vigilancia en la prestación de los públicos, lo que guarda concordancia con lo señalado en el artículo 334 de la constitución, donde se señala que el Estado es el director general de la economía, quien, por mandato de ley, intervendrá en áreas como la de los servicios públicos. Adicionalmente, se resalta que el artículo 333 ídem, garantiza la libre competencia como un derecho de todos, por lo que es menester del Estado prohibir todas las acciones que obstruyan la libertad económica, por lo que evitará o controlará cualquier abuso que persona o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional, y de esta forma contribuir al cumplimiento de los fines del Estado social de Derecho, que se

¹⁹⁵ Sentencia del Consejo de Estado, No. 282 de 2008, Sección Primera, Consejero Ponente el Doctor Guillermo Vargas Ayala.

desarrollan de manera particular a través de los servicios públicos domiciliarios en la medida que satisfacen las necesidades básicas de las personas.

Posteriormente, para la Sala del Consejo de Estado, a establecer algunos aspectos relevantes frente a la posición de dominio. Uno de los primeros aspectos que se señalan es que la constitución no prohíbe que las empresas ocupen una posición dominante, lo que impone el Estado es la obligación en este caso de las comisiones de regulación, es que se evite o controle el abuso que se haga por las personas o empresas que hagan parte del mercado, por eso es que en la Ley 142 de 1994, se señala como uno de los fines de la intervención estatal impedir el abuso de la posición dominante, razón por la cual la norma define algunas reglas para evitar y definir el abuso de posición dominante, en este sentido, el artículo 14.13 de la ibidem señala cuando nos encontramos bajo los criterios de la posición dominante¹⁹⁶, por lo que la misma ley, se encarga de señalar que la prestación de los servicios debe ser continua y eficiente y sin abuso de la posición dominante que la entidad pueda tener frente al usuario o a terceros, por lo que deberán abstenerse de prácticas monopolistas o restrictivas de la competencia.

Según lo anterior, la Ley señalo que las empresas en todos sus actos y contratos, debe abstenerse de prácticas que busquen generar competencia desleal o restringir la competencia, No obstante el artículo 133 ídem, establece expresamente en qué casos de las cláusulas contractuales se presume abuso de la posición dominante

¹⁹⁶ Posición dominante. Es la que tiene una empresa de servicios públicos respecto a sus usuarios; y la que tiene una empresa, respecto al mercado de sus servicios y de los sustitutos próximos de éste, cuando sirve al 25% o más de los usuarios que conforman el mercado.

de la empresa prestadora, previendo que se considera una cláusula de estas características cuando limita en tal forma los derechos y deberes derivados del contrato que pongan en peligro las consecuencias de los fines del mismo¹⁹⁷, algunos de los casos traídos por el artículo antes citado son los siguientes:

“(…)

133.1. Las que excluyen o limitan la responsabilidad que corresponde a la empresa de acuerdo a las normas comunes; o las que trasladan al suscriptor o usuario la carga de la prueba que esas normas ponen en cabeza de la empresa;

133.2. Las que dan a la empresa la facultad de disolver el contrato o cambiar sus condiciones o suspender su ejecución, o revocar o limitar cualquier derecho contractual del suscriptor o usuario, por razones distintas al incumplimiento de este o a fuerza mayor o caso fortuito;

(…)

133.4. Las que obligan al suscriptor o usuario a recurrir a la empresa de servicios públicos o a otra persona determinada para adquirir cualquier bien o servicio que no tenga relación directa con el objeto del contrato, o le limitan su libertad para escoger a quien pueda proveerle ese bien o servicio; o lo obligan a comprar más de lo que necesite;

¹⁹⁷ Sentencia del Consejo de Estado, sección primera con radicado No. 282 de 2008, Consejero Ponente el Doctor Guillermo Vargas Ayala.

133.5. Las que limitan la libertad de estipulación del suscriptor o usuario en sus contratos con terceros, y las que lo obligan a comprar sólo a ciertos proveedores. Pero se podrá impedir, con permiso expreso de la comisión, que quien adquiera un bien o servicio a una empresa de servicio público a una tarifa que sólo se concede a una clase de suscriptor o usuarios, o con subsidios, lo revenda a quienes normalmente habrían recibido una tarifa o un subsidio distinto;

(...)

133.7. Las que autorizan a la empresa o a un delegado suyo a proceder en nombre del suscriptor o usuario para que la empresa pueda ejercer alguno de los derechos que ella tiene frente al suscriptor o usuario;

133.8. Las que obligan al suscriptor o usuario a preparar documentos de cualquier clase, con el objeto de que el suscriptor o usuario tenga que asumir la carga de una prueba que, de otra forma, no le correspondería;

(...)

133.10. Las que confieren a la empresa mayores atribuciones que al suscriptor o usuario en el evento de que sea preciso someter a decisiones arbitrales o de amigables compondores las controversias que surjan entre ellos;

(...)

133.12. Las que confieren a la empresa plazos excesivamente largos o insuficientemente determinados para el cumplimiento de una de sus obligaciones, o para la aceptación de una oferta;

133.13. Las que confieren a la empresa la facultad de modificar sus obligaciones cuando los motivos para ello sólo tienen en cuenta los intereses de la empresa;

(...)

133.17. Las que limitan el derecho del suscriptor o usuario a pedir la resolución del contrato, o perjuicios, en caso de incumplimiento total o parcial de la empresa;

(...)

133.26. Cualesquiera otras que limiten en tal forma los derechos y deberes derivados del contrato que pongan en peligro la consecución de los fines del mismo, tal como se enuncian en el artículo 126 de esta Ley.

En este sentido, el artículo 73 de la ley antes referenciada, resalta que es función de las comisiones de regulación promover la competencia entre quienes presten servicios públicos para que las operaciones de los monopolistas o de los competidores sean económicamente eficientes, no impliquen abuso de la posición dominante, y produzcan servicios de calidad. Por todo lo anterior, le es posible concluir a la sala del Consejo de Estado que:

“En el contexto del régimen constitucional y legal de los servicios públicos domiciliarios previamente examinado, encuentra la Sala equivocada la afirmación de Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. según la cual de acuerdo con la Ley 142 de 1994 el abuso de la posición de dominio solo es predicable frente a situaciones atinentes a la celebración del contrato y no respecto de situaciones como la relativa al cobro del cargo fijo encontrándose suspendido el servicio. A este respecto debe tenerse en cuenta lo siguiente:

*i.1. El postulado constitucional de la vinculación de los servicios públicos a la finalidad social del Estado y del deber de éste de asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional que inspira y gobierna el régimen legal de los servicios públicos domiciliarios permite concluir que las normas que prohíben el abuso de la posición dominante de las empresas que prestan tales servicios son aplicables no solo en la celebración del contrato de condiciones uniformes sino en aspectos distintos a éste como los relativos a su ejecución.”*¹⁹⁸

Así pues, las empresas de servicios públicos domiciliarios ostentan per se una posición de dominio frente a sus usuarios, tal como lo reconoce el artículo 14.13 de la ley 142 de 1994, posición que en criterio de la Sala del Consejo de Estado, se expresa “(...)en el momento en que éstos se vinculan con aquella a través del contrato de condiciones uniformes, siendo por ello que la ley para evitar el abuso que tal condición supone establece unas cláusulas cuya inclusión en dicho acuerdo

¹⁹⁸ Sentencia del Consejo de Estado, No. 282 de 2008, Sección Primera, Consejero Ponente el Doctor Guillermo Vargas Ayala

*se considerarse abusiva de dicha posición (art. 133 ibidem). No obstante lo anterior, es claro que la relación entre la empresa de servicios públicos domiciliarios y sus usuarios no se reduce a la sola celebración del acuerdo jurídico, sino que se extiende más allá, precisamente al campo de la ejecución del contrato en el que se verifica el cumplimiento de las obligaciones que surgen del contrato celebrado (...)*¹⁹⁹.

De la anterior sentencia, resulta claro señalar, que para el Consejo de Estado, tal como lo señala la ley, la intervención del Estado está justificada en tanto tenga como uno de sus objetivos garantizar la libre competencia y evitar la utilización abusiva de la posición de dominio, por lo que por medio de la ley se le da este mandato a las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, para que la prestación de los servicios sea continuo y eficiente, y sin que se presenten abusos de la posición de dominio que puedan tener respecto a sus usuarios o al mercado, obligación que se reconoce no solo en asuntos contractuales sino respecto a todas las conductas de las empresas frente a los usuarios.

En línea con lo que se ha manifestado anteriormente desde la Corte Constitucional frente a la intervención del Estado en la economía, la delegación de la regulación de los servicios públicos del presidente a las comisiones, y la naturaleza jurídica de esta delegación, vale la pena analizar las consideraciones dadas por el Consejo de Estado, en la sentencia No. 05354 de 2007 de la Sección Tercera, donde actuó como Consejera Ponente, la doctora Ruth Stella Correcha Palacio. En dicho

¹⁹⁹ Sentencia del Consejo de Estado, No. 282 de 2008, Sección Primera, Consejero Ponente el Doctor Guillermo Vargas Ayala.

proceso, el acto que es la empresa de energía de Bogotá S.A. E.S.P., solicita la nulidad del literal a del artículo 1º de la resolución CREG 051 de 1998, debido a que esta determina que solo las empresas constituidas como E.S.P. que se dedican a la actividad de transmisión pueden participar en los procesos de transmisión allí señalados, que tienen como fin prevenir el abuso de posición dominante. En concepto del actor, esta normatividad de la CREG, *"(...) no puede entrar a atacar, modificar, reglamentar o derogar y atropellar el ámbito jurídico de leyes (...) la norma acusada además de que altera la pirámide jurídica kelseniana, viola en forma directa y expresa la Constitución" al desconocer derechos adquiridos a la creación de la empresa de energía, al desconocer el ámbito legal, en tanto la CREG puede expedir resoluciones, pero "siempre preservando el ordenamiento constitucional"*²⁰⁰.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la demanda de nulidad se centra en determinar si la norma demandada vulnera o no el marco constitucional y legal de la prestación de los servicios públicos domiciliarios, pasa la sala a realizar análisis de la naturaleza jurídica de la función reguladora y su alcance normativo frente a la ley en el marco del servicio público.

Al respecto, señala la Sala del Consejo de Estado, que la Constitución de 1991, definió un apartado especial para la regulación de los servicios públicos, donde se ve este bajo un modelo competitivo y no bajo un modelo de función pública, donde el servicio debe ser prestado directamente por el Estado, abandonando esta idea, se tiene que los servicios públicos se prestan en desarrollo del precepto de la

²⁰⁰ Sentencia del Consejo de Estado, No. 05354 de 2007 de la Sección Tercera, Consejera Ponente Doctora Ruth Stella Correcha Palacio.

economía social de mercado, donde la libre competencia y la regulación del Estado se complementan para generar bienestar.

Con lo anterior, evidencia el Consejo, que son varios los preceptos constitucionales que se ocupan de ratificar el carácter especial que reviste el régimen legal de los servicios públicos, señalándolo de la siguiente forma:

“(…) es así cómo la Constitución dispone que estos están sometidos al régimen jurídico que fije la ley (artículo 365); se defiende a la ley fijar las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación y el régimen tarifario (art. 367); se establece que la ley determinará los deberes y derechos de los usuarios, su régimen de protección, formas de participación en la gestión y fiscalización de las empresas estatales que prestan el servicio y definirá la participación de los municipios o de sus representantes, en las entidades y empresas que les presten servicios públicos domiciliarios (art. 369); se asigna al Presidente de la República dos importantes funciones de intervención económica en el mercado de los servicios públicos -regulación y control- y determina que esta última la ejerce por intermedio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (art. 370); en fin, se imponen unos términos especiales para la aprobación del régimen jurídico de los servicios públicos (art. 48 transitorio).”²⁰¹

²⁰¹ Sentencia del Consejo de Estado, No. 05354 de 2007 de la Sección Tercera, Consejera Ponente Doctora Ruth Stella Correcha Palacio.

Adicionalmente, dicha sentencia repasa el concepto bajo el cual se establece que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado, para se faculta que su prestación sea realizada directamente por el Estado o por terceros, pero siempre teniendo en cuenta que el Estado es quien mantiene la función de Regulación, control, y vigilancia de los servicios prestados. En armonía con lo antes señalado, es que el artículo 370 de la constitución atribuyo al presidente de la República la competencia de señalar con sujeción a la ley las políticas generales de administración y control de los servicios, funciones presidenciales que fueron delegadas a las Comisiones de Regulación en virtud del Decreto 1524 de 1994²⁰².

Frente al tema de la factibilidad o no de la delegación presidencial a las comisiones de regulación, reconoce el Consejo, que en principio no era un tema claro, y que para este órgano en principio no era posible la delegación. Sin embargo, con apoyo de lo dispuesto en el artículo 211 de la constitución la Corte Constitucional zanjó la discusión, señalando que el legislador este habilitado para señalar las funciones que el presidente puede delegar en diversas agencias del Estado.

De lo anterior, tenemos que una vez revisado el marco constitucional y legal de los servicios públicos domiciliarios se tiene que las funciones de regulatorias de las comisiones de regulación se tienen con sujeción a la ley, y los actos regulatorios

²⁰² *“por el cual se delegan las funciones presidenciales de señalar políticas generales de administración y control de eficiencia en los servicios públicos domiciliarios, y se dictan otras disposiciones.”*

expedidos por estas comisiones no pueden contravenir la ley, en cuanto no tienen rango legislativo, por lo que la regulación no complementa la ley ni suple sus vacíos.

En este sentido, tenemos que la resolución de la CREG, debe guardar los preceptos señalados por la ley 143 de 1994²⁰³, donde se regulan las actividades específicas del sector eléctrico, esto teniendo en cuenta que el acto demandado genera una restricción en la participación de los procesos de selección, que no se encuentra provista en la ley, pues la obligación de constituirse como empresas con las siglas E.S.P. solo es para empresas constituidas con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley 143 de 1994.

De la anterior sentencia, podemos evidenciar que tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado, comparten criterios frente al papel del Estado en la regulación de los servicios públicos, y como esta función a su vez puede ser delegada en virtud del artículo 211 de la constitución, que indica que el legislador determinara con sujeción a la ley las facultades que podrán ser delegadas por parte del presidente de la República a otros órganos, concluyendo que la delegación es válida, en el entendido que todas las actividades que realicen las comisiones de regulación, son bajo la sujeción de la ley, y no como un complemento de esta.

Para finalizar este punto, el análisis jurisprudencial y constitucional de la regulación de los servicios públicos en Colombia, nos lleva a establecer los siguientes puntos:

²⁰³ *“Por la cual se establece el régimen para la generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad en el territorio nacional, se conceden unas autorizaciones y se dictan otras disposiciones en materia energética.”*

En primero lugar, la tarea de regulación está en cabeza del Estado, pero este debe hacer uso de todos sus poderes, para garantizar que se desarrollen los fines del Estado social de derechos; segundo, la función reguladora del Estado, según la Constitución en materia de servicios públicos corresponde al Presidente de la República, quien a su vez, delega por medio de ley, estas funciones de regulación a las comisiones de regulación, encontrándose facultado legal y jurisprudencialmente para hacer esta delegación, postura que comparten tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado; tercero, las comisiones de regulación son creadas, para garantizar objetividad y nivel técnico en sus decisiones, razón por la cual el legislador las dotó de características que les permite seguir estos fines; cuarto, si bien el legislador admite la posibilidad de un régimen liberado, este solo se presenta bajo causales aprobadas por las comisiones, lo que implica que siempre hay una regulación continua por parte de estos órganos independientes, asegurando el fin social de la prestación del servicio, sin que sea cierto que se favorece la iniciativa privada; quinto, el hecho que se reconozca el fin social de los servicios, no implica que el mismo no sea oneroso, pues este se desprende de una relación contractual, y dicha onerosidad es necesaria para que se desarrollen las misma empresas, y se proteja la prestación del servicio a otros usuarios; sexto, otro de los aspectos validados jurisprudencialmente, especialmente por el Consejo de Estado, tiene que ver con el carácter subsidiado que tiene el régimen de los servicios públicos en Colombia, el cual reconoce el sentido social y de solidaridad que la Constitución Colombiana tiene tan presente en todo su contenido, pues los estratos altos y comerciales, son llamados a contribuir con una carga adicional, para que los estratos más bajos y menos favorecidos de nuestra

población, tengan la posibilidad de acceder a los servicios públicos de forma continua y eficiente, lo que contribuye de alguna forma a disminuir la brecha de prestación de los servicios públicos que existe entre el sector rural y el urbano.

Es sobre estos puntos, que el Estado Colombiano ha desarrollado hasta la fecha el marco de regulación de la prestación de los servicios públicos, en pro de garantizar no solo que se corrijan las fallas del mercado, sino que a través de la actividad reguladora, se desarrollen los principios y fines del Estado Social de Derecho, que incluyen que un servicio tan importante como el agua potable sea llevado a todos los rincones del país, disminuyendo la brecha que hay entre la distribución del servicio entre el sector rural y las ciudades, tarea que a mi consideración, debería ser la guía bajo la cual debería trabajar la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico – CRA.

Ahora bien, sabiendo cual es la forma de regulación que utiliza Colombia, se hace necesario saber, la forma en que específicamente las comisiones de regulación realizan esta tarea frente al servicio de distribución de agua potable.

CAPÍTULO 6. REGULACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE AGUA POTABLE EN COLOMBIA.

Para el caso colombiano al igual que en el caso de España, el acceso al agua se considera como un derecho fundamental y así lo expresa la Sentencia T – 740 de 2011 de la Corte Constitucional colombiana, en la cual se indica que el agua se considera como un derecho fundamental, y de conformidad con el Comité de Derecho Económicos, Sociales y Culturales se define como el derecho de todos de disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal o doméstico. Por lo que el agua es reconocida como una necesidad básica, al ser un elemento necesario para la existencia del ser humano.

En el Ordenamiento jurídico colombiano, tal como lo menciona la sentencia antes referenciada, el agua tiene una doble connotación pues se tiene como un derecho fundamental y a su vez como un servicio público, por lo que todas las personas deben poder acceder al servicio de acueducto en condiciones de cantidad y calidad suficientes y al Estado le corresponde reglamentar y garantizar la prestación de conformidad con los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

Para el caso colombiano, toda la estructura de regulación de los servicios públicos domiciliarios, tiene un cambio que se genera con la Constitución Política de 1991, al respecto el artículo 365 indica que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado, por lo que es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional, razón por la cual los servicios públicos se encuentran sometidos al régimen jurídico que fije la ley, y se indica adicionalmente que podrán ser prestados por comunidades organizadas, o por

particulares pero en todo caso el Estado mantendrá la regulación, control y vigilancia de dichos servicios. El artículo 370 de la constitución, adicionalmente señala que corresponde al presidente de la República señalar, con sujeción a la ley las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios y ejercer por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el control, la inspección y vigilancia de las entidades que los presten.

Lo anterior, al pretender la extensión de estos servicios a toda la población, y al permitir la entrada de particulares en la prestación, presupone que el papel regulador del Estado se tiene que fortalecer, para que cumpla con garantizar que los servicios públicos domiciliarios.

Como lo señala *Antonio Barreto*²⁰⁴, con la entrada de la constitución de 1991, se estableció un nuevo rol de la administración en la Economía, en donde sin negar la visión social del Estado, se reconociera la actividad privada como factor generador de bienestar, reconociéndole indudablemente un ánimo de lucro existente en la prestación del servicio como ejercicio de la iniciativa particular, por lo que la regulación económica toma gran importancia en esta medida.

²⁰⁴ Barreto Moreno Antonio Alejandro, (2016), *“La estructura Reguladora del Servicio Público Domiciliario de Aguas, Más allá del Enfoque Mercantil”*, artículo publicado dentro del libro “EL ESTADO REGULADOR EN COLOMBIA”, Pág. 75 y ss., Bogotá – Colombia.

En cuanto al régimen constitucional de los servicios públicos, la sentencia C-955 de 2007²⁰⁵ de la Corte Constitucional Colombiana, señala que este prevé una actividad de regulación llevada a cabo por órganos que el legislador creo para ello y que buscan lograr el objetivo constitucional de que la adecuada prestación de los servicios públicos y las finalidades sociales inherentes a la misma no quedan libradas únicamente a las fuerzas económicas del mercado, por lo que podemos asegurar que Colombia es un “Estado Regulador”, que tiene como fin asegurar que se cumplan los fines señalados en la Ley y que el sistema funcione en términos de producción, por lo que debe protegerlo como vimos anteriormente de las posibles externalidades que pudieran llegar a presentarse en contra de la efectividad del servicio.

Los anteriores preceptos constitucionales, fueron desarrollados a través de la Ley 142 de 1994 *“por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones”*, en dicha normativa, se indica en el artículo 2, que el Estado intervendrá en los servicios públicos, conforme a las reglas de competencia de que trata esta ley, en el marco de lo dispuesto en los artículos 334, 336, y 365 a 370 de la Constitución Política, a fin de conseguir los siguientes fines: garantizar la calidad del bien objeto del servicio y su disposición final en pro del mejoramiento de la calidad de vida de los usuarios; la ampliación permanente de la cobertura; atención prioritaria de las necesidades básicas insatisfechas en

²⁰⁵ Sentencia Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-955 de 2007, expedientes D-6842 y D-6843 acumulados Magistrado Ponente: Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA.

materia de agua potable y saneamiento básico; prestación eficiente; libertad de competencia y no utilización de la posición dominante; obtención de economías en escala; acceso a los servicios por parte de los usuarios y participación en la gestión y fiscalización de su prestación; establecer un régimen tarifario proporcional para los sectores de bajos ingresos de acuerdo con los preceptos de equidad y solidaridad.

A su vez, el artículo 3 de la ley ídem, señala cuales son los instrumentos de la intervención estatal frente a los servicios públicos domiciliarios, indicando que constituyen instrumentos para la intervención todas las atribuciones y funciones que sean asignadas a las entidades, autoridades y organismos de que trata dicha ley, a los cuales haremos referencia más adelante.

Por otro lado, el artículo 15 de la ley ibidem, da desarrollo a lo indicado en la constitución, indicando quienes pueden realizar la prestación de los servicios públicos, señalando entre las posibilidades, a la empresas de servicios públicos; a las personas naturales o jurídicas que produzcan para ellas mismas, o como consecuencia o complemento de su actividad principal; los municipios cuando asuman la prestación de forma directa; las organizaciones autorizadas conforme a la ley; la entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional que al momento de la edición de la ley estén prestando el servicio. Como se evidencia, se da la posibilidad de que los particulares realicen la prestación de este servicio, empresas que para su funcionamiento no requieren permisos especial para desarrollar su objeto, pero para poder operar deberán obtener de las autoridades competentes las concesiones, permisos y licencias según la naturaleza de las

actividades. Por lo que se evidencia de primera mano, que, para la prestación de estos servicios, existe un control por parte del Estado, que exige a la empresa prestadora, el cumplimiento de las concesiones, permisos ambientales y sanitarios, y permisos municipales que sean necesarios para cada caso.

Ahora bien, como se mencionaba anteriormente, en el artículo 3 de la Ley ídem, se indicó que constituyen instrumentos para la intervención todas las atribuciones y funciones que sean asignadas a las entidades, autoridades y organismos de que trata dicha ley, por lo que en el título V de la dicha normatividad, se señala lo concerniente a la Regulación, Control y Vigilancia del Estado en los Servicios públicos, señalando varios aspectos al respecto.

6.1. CONTROL SOCIAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS.

Al respecto, se indica que en todos los municipios deberán existir comités de desarrollo y control social de los servicios públicos domiciliarios, que se deberán componer por usuarios o suscriptores de uno o más servicios públicos, dicho comité tiene como función asegurar la participación de los usuarios en la gestión y fiscalización de las empresas prestadoras de servicio, para lo cual podrán proponer planes y programas para resolver las deficiencias en la prestación; solicitar modificaciones en materia de estratificación; estudiar y analizar el monto de los subsidios que conceden los municipios con recursos presupuestales, entre otras, que son desarrolladas por el “vocal de control” de estos órganos, que tienen la función de informar a los usuarios acerca de sus derechos y deberes en esta materia, y en caso de vulneración, ayudar a los usuarios a defenderlos y hacerlos

cumplir por parte de quien se considere responsable; así mismo, estos vocales deberán recibir los informes de los usuarios acerca del funcionamiento de las empresas de servicios públicos domiciliarios, y evaluarlos, y promover frente a las empresas y frente a las autoridades municipales, departamentales y nacionales las medidas correctivas que sean competencia de cada una.

En este sentido, indica la normatividad que para asegurar la adecuada instrumentación de la participación ciudadana las autoridades deberán realizar una labor amplia y continua de concertación con la comunidad para capacitarlos y asesorarlos permanentemente en su operación. Adicionalmente se señala que autoridades como la Superintendencia deberá aportar a las autoridades territoriales, el apoyo técnico necesario, la tecnología, la capacitación, la orientación y los elementos de difusión necesarios para la promoción de la participación de la comunidad.

6.2. FUNCIONES DE LOS MINISTERIOS EN MATERIA DE SERVICIOS PÚBLICOS.

El artículo 67 de la ley 142 de 1994, encarga en diferentes ministerios del sector, diferentes funciones en materia de servicios públicos, como señalar los requisitos técnicos que deben cumplir los prestadores de servicios públicos domiciliarios, para lo cual la comisión respectiva para cada uno de los sectores determinara si estos requisitos exigidos implican restricción indebida a la competencia; así mismo, los ministerios de cada sector, son responsables de elaborar los planes de expansión de la cobertura del servicio público, para lo cual se indicará las inversiones públicas que de manera primordial deben realizarse y las inversiones privadas que deben

estimularse en pro del desarrollo del sector; otra de las responsabilidades que resultan importantes de las funciones dadas a los ministerios, es identificar los montos de los subsidios que debería dar la Nación para cada servicio público, y fijar los criterios con los cuales estos deberían ser asignados, por lo que realizaran esta propuesta durante la preparación del presupuesto de la nación.

Dentro de las funciones que le son asignadas a los ministerios, hay otras que resultan de gran importancia para el desarrollo de los sectores, pues se indica que será responsabilidad de estos, recoger la información sobre nuevas tecnologías y sistemas de administración en cada sector, a fin de que la misma sea divulgada entre todas las empresas de servicios públicos.

Por otro lado, en pro de asegurar el desarrollo del sector, se da la prerrogativa al presidente de la república para que bajo su directiva y en coordinación con el Ministerio de Relaciones Exteriores, se adelanten las negociaciones internacionales relacionadas con cada uno de los servicios, para lo cual deberán participar en las conferencias internacionales que sobre cada uno de los sectores se realicen, todo esto para aportar al desarrollo del sector.

6.3. LAS COMISIONES DE REGULACIÓN EN COLOMBIA.

Específicamente para el caso colombiano, se debe tener en cuenta que la evolución de nuestra forma de Estado ha sido influenciada por estructuras extranjeras, que se tratan de adoptar a las necesidades propias que el mismo Estado intenta solucionar, razón por la cual con el tiempo se viene desarrollando la idea de la división de poderes que en comienzo se entendió como el poder ejecutivo, legislativo y judicial.

No obstante lo anterior, la discusión jurídica respecto a esta división también requirió cambios en la medida de que existían órganos que no pertenecían a ninguna de las tres ramas del poder.²⁰⁶

Al respecto Catalina Uprimny Salazar²⁰⁷, citando el informe de ponencia rendido el 18 de abril de 1991, señaló que *“(...) hay órganos que no encuadran en ninguna de las tres ramas del poder público, porque sus funciones ni son legislativas, ni administrativas, ni judiciales. Sus instituciones ejercen primordialmente unas funciones propias, específicas y distintas y, por lo mismo, no encajan dentro de la simplista y elemental teoría tripartita por lo que, a nuestro juicio, hay necesidad de hacer una enumeración adicional”*

Lo anterior, se muestra como evidencia, del cambio en la mentalidad de los legisladores, en abandono de la división tripartida del poder del Estado, ante el reconocimiento de nuevas necesidades que claman mayor eficacia y eficiencia por parte del Estado.

Con la Constitución de 1991, se crearon en Colombia dos tipos de órganos de regulación, unos de origen constitucional, y otros de creación legal, dentro de la primera categoría encontramos al Banco de la República que se crea como órganos

²⁰⁶ MELO SALCEDO, ILEANA MARLITT, (1991) “Los órganos autónomos e independientes”, Asamblea Nacional Constituyente, Gaceta Constitucional, n° 59, del 25 de abril de 1991, págs. 1 a 13.

²⁰⁷ Uprimny Salazar Catalina, (2006), “Las Comisiones de Regulación: El punto medio de las Agencias Independientes en Colombia”, Univ. Estud. Bogotá (Colombia) N° 3: 225-245, junio de 2006.

independiente y autónomo cuya supresión o modificación está sujeta a una reforma constitucional; en la segunda categoría, tenemos a las comisiones de regulación y las superintendencias, las cuales si se ven sometidas a la voluntad del legislador para establecer su grado de independencia.

Frente a las comisiones, Lenis Mejía Ana, señala que aunque se les brinda independencia a estas comisiones, en realidad no son órganos autónomos, pues al ser unidades administrativas especiales, entrar a formar parte de la rama ejecutiva y por tanto están adscritas a un ministerio donde las políticas del sector son fijadas por la cartera respectiva, generando un grado de dependencia al organismo ejecutivo²⁰⁸, haciendo que de alguna forma en Colombia no se cumpla ese fin último de las agencias independientes, que es que se generen como órganos técnicos independientes, sin influencias externas en la regulación de los servicios públicos.

Para los años 90's, surgen en Colombia las comisiones de Regulación, como la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico – CRA; la Comisión de Regulación de Energía y Gas – CREG; La comisión de Regulación de Comunicaciones – CRC; con el fin de lograr una optimización de la competencia a través del uso de mecanismos de regulación, con este propósito, por medio de delegación presidencial a estas comisiones de regulación se les dio su propia ley, para que contaran con instrumentos que les brindaran la suficiente independencia administrativa, técnica y financiera, para que logaran el desarrollo de sus objetivos.

²⁰⁸ LENIS MEJIA, ANA LUCÍA, “Las agencias independientes o comisiones de regulación”, Revista de Maestría en Derecho Económico, n° 2, Pontificia Universidad Javeriana, diciembre de 2004, Bogotá, Colombia.

En este sentido, es importante resaltar, que las funciones de las comisiones de regulación se derivan de una delegación presidencial, por lo que el desarrollo de estas se da a cusa de los fenómenos de desconcentración administrativa, donde los poderes de administración y regulación de la economía que tiene el presidente se trasladan a órganos independientes de menos nivel, buscando garantizar agilidad y experticia técnica en la regulación.

De lo anterior, podemos extraer, que las comisiones de regulación en Colombia, no escapan del algún tipo de control, máxime en el caso colombiano, donde se demuestra que estas dependen del ejecutivo, aunque del desarrollo evidenciado, se encuentra que fue un fenómeno reaccionario, es decir, frente a la necesidad de regular los servicios públicos como obligación del Estado, se desarrolla le necesidad de establecer órganos que generaran una regulación adecuada de los servicios públicos, para lo cual en Colombia se crearon unidades administrativas con independencia administrativa, técnica y patrimonial, pero debido a su creación legal y no constitucional, están sometidos a lo indicado por la delegación presidencial con facultades administrativas, lo que quiere decir que están sometidos a control de legalidad en sus actos.

6.4. FUNCIONES DE LAS COMISIONES DE REGULACIÓN EN MATERIA DE SERVICIOS PÚBLICOS.

Para el presente estudio, este es uno de los puntos más importante, pues expresa la forma en que Colombia hizo adopción del modelo de comisiones a fin de regular el sector de los servicios públicos entre él se encuentra el sector del Agua Potable. El artículo 68 de la Ley 142 de 1994, empieza por señalar lo correspondiente a la

delegación de las funciones presidenciales a las comisiones de regulación, la cual se da en virtud del artículo 370 de la Constitución Política de Colombia, donde se refiere que corresponde al presidente de la república señalar, con sujeción a la ley, las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios, pero en la ley 142 es donde se indica que dichas políticas y las demás que indiquen la ley serán señaladas por medio de las comisiones de regulación de servicios públicos siempre y cuando el presidente de la república lo señale y delegue de esta forma, en caso contrario el presidente de la república ejercerá todas las funciones que se tribuyan mediante dicha ley a las comisiones de regulación.

Ahora, frente a esta delegación, es importante conocer lo que al respecto ha mencionado la Corte Constitucional Colombiana, por medio de la Sentencia 272 de 1998, en la cual se demandó el artículo 68 de la ley 142 de 1994, uno de los aspectos más importantes que se señalan en dicha sentencia es que dicha función de delegación presidencial no está compartida con el legislador, pues del artículo 370 de la constitución, muestra que estas atribuciones son eminentemente presidenciales, lo cual respeta la órbita definida por el legislador con el pleno de las atribuciones constitucionales para que fuera el mandatario quien pudiera definir dichas políticas. De lo anterior, se puede concluir que aunque las comisiones de regulación, gozan de independencia administrativa, técnica y patrimonial, se encuentran sujetas a la injerencia presidencial, no obstante señala la misma corte, que esta sujeción es la que sustenta la constitucionalidad de las mismas, así pues, señala la corte que la fijación de las políticas de control y eficiencia de los servicios

públicos es entonces una función típicamente administrativa que cumple el presidente en calidad de suprema autoridad administrativa, para la concreción de políticas de desarrollo de los servicios públicos domiciliarios, por lo que esta delegación a la luz de la constitución es una opción totalmente razonable, más aún cuando se pretende el fortalecimiento de principios como el de eficacia y celeridad que hacen parte de los fines de la administración.

En el mismo sentido, la sentencia C - 1162 de 2000²⁰⁹ de la Corte Constitucional Colombiana, frente a esta delegación indico que la regulación a cargo de las comisiones hace referencia al cumplimiento de la constitución y es ejercida con sujeción a la ley, lo cual requiere delegación por parte del presidente de la república en los términos del artículo 211 de la constitución. Frente a los efectos de esta delegación, menciona la Corte constitucional en dicha sentencia, que esta exime de responsabilidad al delegante, por lo que la responsabilidad exclusivamente a la respectiva comisión, aunque se reconoce que el presidente podrá reformar o revocar los actos expedidos por estas por lo que en dichos casos asumirá la responsabilidad por los actos que realice. De lo anterior, debe entenderse, que, de dicha delegación, no se desprende una capacidad normativa por parte de las comisiones que se equipare con la ley, ni la atribución de reglamentar las leyes en materia de servicios públicos, la que es exclusiva del presidente de la república y por lo tanto indelegable.

²⁰⁹ Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C 1162 de 2000, expediente D-2863, Magistrado Ponente, José Gregorio Hernández Galindo.

Lo anterior, expresa la corte no quiere decir que las comisiones sean utilizadas como instrumentos normativos para “*completar la ley*”, ni para sustituir al legislador con atribuciones de legislador extraordinario yendo en contravía de los postulados del Estado de Derecho, hace hincapié la corte en señalar que regular, no puede ser entendido como legislar pues esta actividad no debe buscar llenar vacíos legales, pues la actividad de las comisiones se realiza con sujeción a la ley y no para completar la misma. Las comisiones señala la sentencia antes referenciada, resultan ser tan sólo órganos especializados de carácter técnico encargados de contemplar en la órbita puramente administrativa las pautas orientadas a intervenir en los servicios públicos para preservar el equilibrio y la razonabilidad de la competencia, por lo que la regulación resulta a la luz de la norma, como una forma de intervención estatal en la economía para corregir los errores de un mercado asegurando una mejora en la prestación de los servicios, a través de la fijación del marco de una actividad específica que asegure la libre competencia y determinación de aspectos técnicos y operativos que aseguren la prestación de cada uno de los servicios sin que con esto se entienda la asunción de competencias legislativas o reglamentarias. Esta delegación para el presente caso es dada por el presidente de la república mediante el decreto 1524 de 1994, donde se legaron las funciones presidenciales de señalar políticas generales de administración y control de eficiencia en los servicios públicos domiciliarios en las comisiones de regulación.

Frente a la organización y naturaleza de estas comisiones, las mismas son creadas como unidades administrativas especiales, las cuales obedecen al fenómeno indicado en capítulos anteriores de la desconcentración, y son definidas

actualmente por el artículo 67 de la Ley 489 de 1998, indicando que las unidades administrativas especiales son organismos creados por la ley, con la autonomía administrativa y financiera que aquella les señale, sin personería jurídica, que cumplen funciones administrativas para desarrollar o ejecutar programas propios de un ministerio o departamento administrativo.

Así es como estas comisiones, fueron creadas como unidades con independencia administrativa, técnica y patrimonial, y adscritas al respectivo ministerio del sector, para el caso del servicio de agua potable, fue creada la comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, la cual se encuentra adscrita actualmente al Ministerio de Vivienda Ciudad y Territorio.

Para lograr esta regulación, la ley 142 de 1994, indicó que las comisiones de regulación tendrán la función de regular los monopolios en la prestación de los servicios públicos cuando la competencia no sea posible, y adicionalmente, promover la competencia entre quienes presten servicios públicos, para que las operaciones de los monopolistas o de los competidores sean económicamente eficientes, no impliquen abuso de la posición dominante, y produzcan servicios de calidad, para lo cual, por medio de la ley ídem se le brindan a las comisiones algunas funciones y facultades especiales.

Dentro de estas funciones, se da la posibilidad de que las comisiones puedan preparar proyectos de ley para someter a consideración del gobierno, lo que se acompaña con la posibilidad de hacer las recomendaciones que considere pertinentes en materia de adopción de decretos reglamentarios. Así mismo, se les permite definir los criterios de eficiencia y desarrollar indicadores y modelos para

evaluar la gestión financiera, técnica y administrativa de las empresas de servicios públicos; esto se acompaña con la posibilidad de la comisión fije las normas de calidad a las que deben ceñirse las empresas de servicios públicos en la prestación que realizan.

Por otro lado, se le dan facultades dirigidas a decidir frente a los recursos que se interpongan contra sus actos, y resolver las peticiones de las partes, los conflictos entre las empresas prestadoras, por razón de los contratos o servidumbres que existan entre ellas y que no correspondan a decidir a otras autoridades administrativas, sin dejar de lado que cualquier decisión que se tome estará sujeta al control jurisdiccional de legalidad.

Dentro de estas facultades de decisión, les corresponde a estas entidades, decidir frente a los conflictos que surjan entre las empresas prestadoras acerca de las regiones de prestación de servicio, es decir cuando en una misma zona se presenten pluralidad de prestadores, la comisión respectiva deberá definir la zona de prestación de cada una y los usuarios específico de cada una, decisión que como se señaló anteriormente, también estará sujeta a control jurisdiccional de legalidad.

Otra de las funciones que resulta de gran relevancia para este estudio, es la facultad que se le ha brindado a las comisiones para establecer las fórmulas para la fijación de las tarifas de los servicios públicos domiciliarios, y señalar cuando hay suficiente competencia para que fijación de las tarifas sea libre, es importante tener en cuenta que esta fijación de tarifas se da según lo establecido por el artículo 88 de la Ley 142 de 1994, que habla de regulación y libertad de tarifas, que señala que las empresas al momento de fijar sus tarifas, deberán someterse al régimen de

regulación, el cual podrá incluir las modalidades de libertad regulada²¹⁰ y libertad vigilada²¹¹, o un régimen de libertad. En desarrollo de esta facultad de fijación de tarifas, se tienen que cumplir ciertas reglas que han sido fijadas por ley, por lo que las empresas en desarrollo de esta actividad de fijación de tarifas deberán ceñirse a las fórmulas que periódicamente definan las comisiones para fijar tarifas, basados en estudios de mercados la comisión podrá determinar unos topes máximos o mínimos en las tarifas que serán de obligatorio cumplimiento por parte de las empresas. Lo anterior se acompaña con la posibilidad de determinar conforme a la ley, cuando se establece el régimen de libertad regulada o libertad vigilada o señalar cuando hay lugar a la libre fijación de tarifas.

Adicionalmente, las comisiones cuentan con facultades frente a la protección otorgada por prácticas restrictivas de la competencia, que no permitan la entrada de empresas a mercados donde sea posible la entrada, y evidenciando que hay prácticas restrictivas o contrarias a la ley, podrá solicitar a la Superintendencia que adelante las investigaciones e imponga las sanciones de su competencia. En desarrollo de esta facultad, se complementa con la función de señalar bajo los criterios de la ley, los casos de abuso de posición dominante en los contratos de

²¹⁰ Según el artículo 14 de la ley 142 de 1994, hablamos de libertad regulada, cuando nos encontramos ante el régimen de tarifas mediante el cual la comisión de regulación fijará los criterios y 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.

²¹¹ Según el artículo ídem, hablamos de libertad vigilada, cuando nos encontramos ante el régimen de tarifas mediante el cual las empresas de servicios públicos domiciliarios puedan 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.

servicios públicos, y sobre la protección de los derechos de los usuarios en lo relativo a facturación, comercialización y demás asuntos relativos de la empresa con los usuarios.

Para el caso de la Comisión de regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, la ley fija unas funciones especiales, que consisten en promover la competencia entre los prestadores de los servicios de agua potable y saneamiento básico o en caso de existir monopolio en la prestación entrar a regular el mismo debido a que la competencia no es posible, lo anterior a fin de generar que las operaciones sean económicamente eficientes, generando servicios de calidad. También le es posible a esta comisión, establecer en qué eventos es necesario que la realización de obras, instalaciones y operaciones de equipos destinados a la prestación de servicios de acueducto se sometan a normas técnicas y adoptar las medidas necesarias para que apliquen las normas técnicas sobre calidad de agua potable que establezca el Ministerio de salud.

6.5. METODOLOGÍA TARIFARIA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BÁSICO.

Específicamente para el caso colombiano, la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento básico, ha desarrollado dos metodologías tarifarias, una por intermedio de la Resolución CRA 688 de 2014²¹² *“Por la cual se establece la metodología tarifaria para las personas prestadoras de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado con más de 5.000 suscriptores en el área*

²¹² Integrado y unificado por la Resolución CRA 943 de 2021.

urbana”, y la Resolución CRA 825 DE 2017²¹³ “Por la cual se establece la metodología tarifaria para las personas prestadoras de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado que atienden hasta 5.000 suscriptores en el parea urbana y aquellas que presten el servicio en el parea rural independiente del número de suscriptores que atiendan.”

Dichas resoluciones tienen por objeto establecer la metodología tarifaria para las personas prestadoras de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado de acuerdo con el ámbito de aplicación que se señala en cada una de estas.

Para el caso de la Resolución 688 de 2014, se diseñó un modelo que para aplicación de lo allí establecido basado en segmentos, el primero de ellos que corresponde para las personas prestadoras que atienden más de 100.000 suscriptores en el área urbana o más del 10% de algunas ciudades que se indican en el artículo 4 de dicha resolución; y un segundo segmento que corresponde a las personas prestadoras que atienden entre 5.001 y 100.000 suscriptores en áreas urbanas, aunque se prevé que las de este último segmento puedan aplicar la metodología correspondiente al primer segmento. Para lo anterior, la norma prevé que los prestadores de servicios puedan definir las áreas de prestación de servicio (APS)²¹⁴, indicando a su vez la norma que en responsabilidad de los municipios

²¹³ Ídem.

²¹⁴ ARTÍCULO 7. Área de Prestación del Servicio (APS). Las personas prestadoras deberán definir su Área de Prestación del Servicio (APS) en concordancia con los Planes de Ordenamiento Territorial (POT) y con los Planes Maestros de Acueducto y Alcantarillado, y reportarla al municipio. Dicha definición consistirá en la presentación de un mapa geo-referenciado con el listado de coordenadas adjunto

garantizar la prestación de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado en aquellas áreas no fueron reportadas dentro del área de prestación de servicio de ningún prestado, esto para asegurar que la prestación llegue a toda la población.

Ahora bien, frente a la fórmula tarifaria del cargo fijo, la Resolución ibidem señala todos los aspectos relativos a la regulación del servicio de agua potable y alcantarillado, aspectos que se requieren a fin de poder establecer la fórmula tarifaria que nos lleve al precio que efectivamente se les cobra a los usuarios y o suscriptores. En esta resolución, se establecen temas con la proyección de suscriptores, el consumo facturado y las pérdidas; las tasas de descuento aplicable a los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado; los costos de prestación²¹⁵; separación de los costos por subsistemas; lo relativo a la fórmula tarifaria; la definición de los descuentos asociados a la calidad del servicio; lo

de los puntos que definen el polígono del APS, el cual deberá presentarse en el sistema de referencia MAGNA-SIRGAS SIRGAS o el sistema de coordenadas oficial que se encuentre vigente, delimitando exactamente el área en la cual cada persona prestadora prestará los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado, y dentro de la cual se compromete a cumplir los estándares de servicio establecidos en la presente resolución, así como a expedir la certificación de viabilidad y disponibilidad de estos servicios públicos domiciliarios de acuerdo con el Decreto 3050 de 2013 o la norma que lo modifique, adicione o derogue.

²¹⁵ Dentro de los costos de prestación se encuentran los siguiente: los costos medios de administración; costos administrativos totales; costos administrativos eficientes; costos administrativos eficientes por suscriptor mensual; el costo medio de operación; costos operativos totales; costos de energía eléctrica consumida; costo de energía consumida para el año base; costos de tratamiento de aguas residuales; costo medio de inversión; costo medio de inversión del año; base de capital regulada del año; depreciación del año; plan de obras e inversión; el costo medio generado por tasas ambientales; lo pertinente a la actualización de los costos.

referente a la implementación de la metodología tarifaria, y un título que señala lo referente al seguimiento de las metas e indicadores propuestos por los prestadores, criterios, deben ser observados por los prestadores de servicios de suministro de agua potable y alcantarillado para definir el valor máximo que podrá cobrarse.

Frente al esquema de regulación, la resolución ídem, señala que el costo resultante de la aplicación en la presente resolución será un valor máximo a cobrar, pero si la persona prestadora considera que puede aplicar un menor valor, deberá soportar ante la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico que se garantiza el cumplimiento de los criterios señalados en el artículo 87 de la ley 142 de 1994, de las metas del servicio y de los estándares de eficiencia, así como el plan de obras e inversiones programado, establecidos en dicha resolución.

Frente a la vigencia de la formula tarifaria, la ley 142 de 1994, señala que esta tiene que ser actualizada periódicamente, por lo que se estableció que la formula tarifaria indicada en la Resolución 688 de 2014, tuviera una vigencia de 5 años contados a partir de la entrada en vigencia, a no ser que la comisión no determine una nueva, caso en el cual seguirá rigiendo la formula indicada en esta resolución, como es el presente caso, donde si bien la resolución ha tenido modificaciones, sigue siendo vigente.

Por otro lado, tenemos la Resolución 825 de 2017, que es conocida como la de pequeños prestadores, esta metodología al contrario de la anterior, se hace con otros retos, pues al tratarse de pequeños prestadores, se presentan otras metas a cumplir, que deben suplirse por medio de la regulación, entre estos aspectos encontramos los relacionados con la baja capacidad de pago; baja capacidad

técnica e institucional que generan prestación de servicio ineficiente y con bajos estándares de calidad; baja gestión de recursos para mantenimiento y expansión de los sistemas; reporte de información deficiente y/o insuficiente; el no aprovechamiento de economías de escala y de alcance; cobro de tarifas diferentes a las resultantes de la aplicación de las tarifas; y personas prestadoras que no cumplen la normatividad aplicable relacionada con los servicios públicos.

Estos aspectos, hicieron que las metodologías entre grandes y pequeños prestadores se dividiera con el objetivo de brindar simplicidad al cálculo de las tarifas para los prestadores menores, por lo que la metodología tarifaria busca que los prestadores puedan tomar decisiones basados en el tamaño del mercado; incentivar las inversiones necesarias para el mejoramiento en la prestación de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado; y definir formulas el cubrimiento de los costos de la prestación.

Así pues, la Resolución CRA 825 de 2017, tiene como objetivo establecer la metodología tarifaria aplicable a las personas prestadoras de los servicios públicos de acueducto y/o alcantarillado que a 31 de diciembre de 2013, atienda en sus áreas de prestación de servicio hasta 5.000 suscriptores en el área urbana, independientemente del número de suscriptores que atienda en el área rural; o que atienda en más de un municipio y/o distrito mediante un mismo sistema interconectado, hasta 5.000 suscriptores en el área urbana, independientemente de los suscriptores que atiendan en el área rural; o que atiendan en áreas de prestación de servicio exclusivamente en el área rural, independientemente del número de suscriptores.

Para la aplicación de esta metodología tarifaria, también se desarrollaron dos segmentos, para el primer segmento se dan dos posibilidades, la primera que en el área de prestación del servicio cuente con suscriptores entre 2.501 y 5.000 en el área urbana, y en el caso de suscriptores rurales que estos sean menos del 50% de sus suscriptores totales; o que atienda más de un área de prestación de dos o más municipios y/o distritos, mediante un mismo sistema interconectado y en conjunto sumen suscriptores entre 2.501 y 5.000 en el área urbana, y en el caso de suscriptores en áreas rurales que estos sean menos del 50% de sus suscriptores totales. El segundo segmento que se diseñó aplicará a aquellas áreas de prestación de servicio que no estén incluidas en el primer segmento.

Adicionalmente, esta resolución establece varios aspectos, como lo relativo a la formula tarifaria; a el cálculo de los costos económicos de referencia para las personas prestadoras del primer segmento; el cálculo de los costos económicos de referencia para las personas prestadoras del segundo segmento; el costo medio generado por tasas ambientales para las personas prestadoras pertenecientes al primer y segundo segmento; y lo correspondiente a disposiciones finales.

Para el caso de esta resolución, también cuenta con vigencia de cinco años contados a partir de la fecha de aplicación de las tarifas derivadas de la metodología que contenida en esta resolución es decir a partir del 01 de julio de 2018 y esta regirá hasta que la Comisión no determine una nueva metodología.

6.6. RETOS DE LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BÁSICO EN COLOMBIA.

Antes de entrar a describir los retos más grandes de esta comisión de Regulación, quisiera destacar, los logros que a través de estas, se han conseguido en Colombia, para lo cual citare una publicación de Camilo Sánchez Ortega ²¹⁶, quien se desempeña como presidente de ANDESCO²¹⁷, en este se indica que desde 1994 inicio en Colombia una revolución positiva con la expedición de la ley 142, la cual plasmo como fines aún vigentes en la actualidad, lograr la eficiencia y calidad en la prestación de los servicios públicos; la ampliación de la cobertura; condiciones de competencia para los prestadores del servicio; definir el rol del Estado como promulgador de la política, regulador y vigilante, entre otros aspectos.

Señala el artículo, que antes de las reformas era evidente la debilidad financiera de las entidades prestadoras, las cuales no tenían formas de cubrir los costos de la operación, mientras realizaban tareas de expansión en miras de ampliar la prestación del servicio a los hogares colombianos, que no tenían acceso a varios de los servicios básicos, pues hasta cierta época servicios como el de acueducto fue un privilegio de las ciudades principales, mientras que muchos de los municipios del país no podían contar con estos servicios. Aunado a la dificultad de la poca

²¹⁶ Sánchez Ortega Camilo, (2019) “25 años de la Ley 142: ser o no ser”, Diario Portafolio, extraído del siguiente link: <https://www.portafolio.co/opinion/camilo-sanchez/25-anos-de-la-ley-142-ser-o-no-ser-535254>

²¹⁷ ANDESCO, es la Asociación Nacional de Empresas de Servicios Públicos y Comunicaciones, una asociación gremial sin ánimo de lucro que representa los intereses de las empresas afiliadas de servicios públicos domiciliarios y de comunicaciones, mediante la participación en la construcción de políticas públicas, la promoción de mejores prácticas y la generación de información de interés que ayuden al crecimiento sostenible del sector y la disminución de brechas sociales, promoviendo el cuidado del medio ambiente.

cobertura, las tarifas correspondían a criterios políticos que muchas veces no cubrían los gastos de operación, y menos de ampliación de la cobertura por lo que alguna parte de los presupuestos departamentales y nacionales se destinaban a cubrir estos servicios.

Debido a estos problemas presentados, se tuvieron que crear sistemas tarifarios por medio de las comisiones de regulación, que estuvieran orientadas a conseguir costos eficientes de la prestación del servicio, basado en un esquema de solidaridad, donde los estratos más bajos en Colombia son subsidiados por los estratos más altos que pagan una contribución adicional para cubrir los subsidios, que se complementa con recursos del presupuesto nacional, lo que ha permitido que se mejoren los indicadores de cobertura y calidad.

Este proceso, ha causado que cada día los retos vayan cambiando, si bien, los índices de calidad y eficiencia han aumentado, persiste un reto aún más grande para el caso colombiano, que son cerrar la brecha entre lo urbano y lo rural en la prestación del servicio de agua potable y saneamiento básico y lograr seguridad hídrica, entre otros.

Según estadísticas del Ministerio de Vivienda Ciudad y Territorio²¹⁸, existe una gran brecha entre la cobertura del servicio en las grandes ciudades que es del 97,9%, mientras que en zonas rurales es apenas del 71,54%, lo que también se refleja en el servicio de alcantarillado donde la diferencia es de 92,85% y de 73,88%

²¹⁸ <https://www.minvivienda.gov.co/viceministerio-de-agua-y-saneamiento-basico/agua-al-campo>

respectivamente, situación que empeora en regiones como el pacífico y el atlántico de Colombia, donde incluso pueden haber poblaciones con coberturas de acueducto menores al 30% y coberturas de alcantarillado menores al 10%.

Lo anterior, según Moreno²¹⁹, tiene varias razones que se expresan a continuación:

En primer lugar tenemos los problemas asociados a la informalidad en la prestación de los servicios, pues en Colombia existen más de 1.102 municipios y 30.000 veredas, y según datos de la Superintendencia de Servicios públicos domiciliarios solo se encuentran registrados 1320 prestadores, de los cuales 99% corresponden a organizaciones comunitarias, por lo que el servicio se está llevando a gran parte del área rural de Colombia en la informalidad, fenómeno que se causa, debido a la falta de recursos para infraestructura; el desconocimiento de la normatividad; los costos para tramitar concesiones de agua; la no estratificación económica en estos sectores; la inaplicación de las tarifas, entre otros, que en general por desconocimiento no les permite acceder a subsidios creados por la ley para los más pobres.

En segundo lugar, *Moreno* señala que el problema está relacionado con la planeación y financiación de las inversiones, pues los municipios no pueden cubrir con recursos propios todas las inversiones, y los campesinos no tienen disponibilidad de pago, para esperar que las inversiones se recuperen vía tarifa, lo

²¹⁹ Moreno M, Javier Orlando, (2020), “LOS RETOS DEL ACCESO A AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BÁSICO DE LAS ZONAS RURALES EN COLOMBIA”, Revista de ingeniería No. 49 – Universidad de los Andes. <https://revistas.uniandes.edu.co/doi/pdf/10.16924/revinge.49.5>

que aunado a la mala planificación de los municipios para adquirir fuentes de financiación; problemas de disponibilidad de predios; disponibilidad de servidumbres; problemas de titularización de los terrenos; entre otros, han generado este rezago en la cobertura en las zonas rurales de Colombia.

En tercer lugar, se señala el problema relacionado con la oferta hídrica, pues debido al cambio climático; la intervención del hombre; y causas naturales, en algunas regiones del país, se presenta escases del recurso o disminución en la calidad del mismo, por lo que los conflictos por la propiedad y uso del agua van afectando de manera significativa los sistemas de acueductos rurales generando mayores costos para su tratamiento.

Ahora bien, como lo indica Moreno Javier²²⁰, este reto es tal vez el más grande que debe enfrentar una país como Colombia, debido al impacto directo en la salud de la población y los efectos en términos económicos y sociales, para lo cual se han creado políticas públicas, como el Conpes 3810 de 2014 y 3918 de 2018, que tienen como fin lograr acceso universal y equitativo al agua potable y al saneamiento básico para el año 2030, a través de una estructura interinstitucional, donde la comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico juega un papel especialmente importante, a ser quien regula el sector, y ser esta la llamada a solucionar las diferencias en la operación, pues se busca que no existan tarifas que no logren cubrir los costos del servicio. Así pues, se hace necesario que la comisión,

²²⁰ Ídem

a través del marco tarifario establezca indicadores, estándares y metas específicas dentro del sector asociadas a calidad, medición y continuidad buscando mejorar las condiciones y prestación del servicio, teniendo en cuenta el uso responsable del recurso, lo cual puede ser medianamente controlado, vía tarifaria.

Adicionalmente, se debe ser claro, en que las medidas que sean tomadas por el Gobierno Nacional, o por las Comisiones de regulación para afrontar este reto tan grande, debe estar fundado en medidas que trasciendan más allá de lo que dura el gobierno de turno, por lo que la regulación debe estar acompañada de un proceso efectivo de planeación, que se armonice con los planes de desarrollo nacionales, departamentales, y municipales, que a través del acompañamiento técnico a las comunidades logren repercutir de manera duradera, impactando en la reducción de la brecha que hay entre la cobertura de agua en las ciudades principales y en el área rural.

Otro de los grandes retos de Colombia en materia de Agua Potable, y que debe ser afrontado en parte también con ayuda de las Comisiones de Regulación, está relacionado con la seguridad Hídrica, si bien se reconoce que Colombia tiene fuentes hídricas muy importantes, también se ha evidenciado que estas cada vez son menos y de menor calidad, lo que año tras año, ha causado que se presente escases en algunos municipios, para el año 2022, según estadísticas del IDEAM²²¹, hay 316²²² municipios en Colombia en riesgo de desabastecimiento hídrico, lo que

²²¹ Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales.

²²² Estudio Nacional de Agua 2022, Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible.

implica forzosamente que se tomen medidas en pro de cuidar el recurso, generando mayor eficiencia en el consumo del agua.

La comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico – CRA, a través de sus metodologías tarifarias, cumple varias funciones dadas por la ley, pero frente a los retos antes señalados, tiene un papel sumamente importante, pues a través de estas se asegura que las operaciones de los prestadores sean económicamente eficientes, y se fomenta que la prestación sea realizada con calidad, asegurando la continuidad del servicio, dentro de los lineamientos de conservación del recurso, es así, como en algunos casos, se establecen tarifas, que castiguen el uso excesivo del recurso.

Aunque como se señaló anteriormente, esta no es una tarea que dependa solo de las comisiones de regulación, sino que debe ser acompañada de todo un andamiaje interinstitucional, donde el gobierno, por medio de sus ministerios, creen las políticas, que aseguren planes a corto, mediano y largo plazo, que busquen la solución de estos retos, aunado al esfuerzo que se debe reflejar por parte de los gobernadores y alcaldes, en la consecución de recursos, para asegurar la ampliación de la infraestructura, teniendo en cuenta que vía tarifa no es posible asegurar el reintegro de inversiones, debido a lo pobres de algunas poblaciones.

6.7. FUNCIONES DE LA SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS.

Según lo señalado por la Constitución Política Colombiana, corresponde al presidente de la República ejercer el control, la inspección y la vigilancia de las

entidades que presten los servicios públicos domiciliarios, a través de la superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, la cual es creada como un organismo de carácter técnico, adscrito al Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio. Organismos que a través del Superintendente desempeñará sus funciones específicas de control, inspección y vigilancia con independencia de las comisiones de Regulación de servicios públicos, convirtiéndose en la máxima autoridad técnica y administrativa en materia de control, inspección y vigilancia de los servicios públicos domiciliarios.

Entre las funciones específicas de la superintendencia se encuentran las siguientes: Primero, vigilar y controlar el cumplimiento de las leyes y actos administrativos a los que estén sujetos quienes presten servicios públicos, en cuanto el cumplimiento afecte de forma directa e inmediata a usuarios determinados, y como consecuencia podrá sancionar sus violaciones; segundo, vigilar y controlar el cumplimiento de los contratos entre las empresas y los usuarios y apoyar las labores de los comités municipales de desarrollo y control social de los servicios públicos domiciliarios, y en caso de violación realizar las sanciones pertinentes; tercero, dar conceptos no obligatorios a petición de parte, sobre el cumplimiento de los contratos relacionados con los servicios a los que refiere la ley 142 de 1994; cuarto, establecer los sistemas de información y contabilidad que deben aplicar los prestadores según la naturaleza del servicio y monto de sus activos, y con sujeción a los principios contables aplicables; quinto, definir las contribuciones necesarias para recuperar los costos del servicio de regulación prestados por cada comisión y el control y vigilancia de la Superintendencia; sexto, dar concepto a las comisiones y ministerios sobre las

medidas que se estudien en relación con los servicios públicos; séptimo, vigilar que los subsidios presupuestados por la nación, los departamentos y municipios se destinen efectivamente a las personas de menores ingresos; octavo, solicitar documentos a los prestadores que tengan información relacionada con la prestación de los servicios públicos domiciliarios, y adicionalmente practicar las pruebas que considere pertinentes para el cumplimiento de sus funciones; noveno, mantener registro de las entidades prestadoras de los servicios públicos; decimo, tomar posesión de las empresas públicas en los casos señalados por el artículo 59 de la misma ley; undécimo, Evaluar la gestión financiera, técnica y administrativa de los prestadores de servicios públicos sujetos a su control, inspección y vigilancia, de acuerdo con los indicadores definidos por las Comisiones de Regulación; publicar sus evaluaciones y proporcionar, en forma oportuna, toda la información disponible a quienes deseen hacer evaluaciones independientes. La Superintendencia podrá imponer programas de gestión para las empresas que amenacen de forma grave la prestación continua y eficiente de un servicio los cuales estarán basados en los indicadores de prestación y la información derivada de la vigilancia e inspección efectuadas a las mismas, cuyo incumplimiento podrá ser sancionado en los términos de esta ley. De igual manera podrá definir criterios diferenciales para adelantar el control, inspección y vigilancia a los prestadores de acueducto, alcantarillado y aseo en áreas rurales; décimo segundo, Adjudicar a las personas que iniciaron, impulsaron o colaboraron en un procedimiento administrativo, tendiente a corregir violaciones de las normas relacionadas especialmente con los servicios públicos; décimo tercero, Verificar que las obras, equipos y procedimientos de las empresas cumplan con los requisitos técnicos que hayan señalado los ministerios; décimo

cuarto, Definir por vía general la información que las empresas deben proporcionar sin costo al público; y señalar en concreto los valores que deben pagar las personas por la información especial que pidan a las empresas de servicios públicos, si no hay acuerdo entre el solicitante y la empresa; décimo quinto, Organizar todos los servicios administrativos indispensables para el funcionamiento de la Superintendencia de Servicios Públicos; décimo sexto, Señalar, de conformidad con la Constitución y la ley, los requisitos y condiciones para que los usuarios puedan solicitar y obtener información completa, precisa y oportuna, sobre todas las actividades y operaciones directas o indirectas que se realicen para la prestación de los servicios públicos, siempre y cuando no se trate de información calificada como secreta o reservada por la ley; décimo séptimo, determinar si la alternativa propuesta por los productores de servicios marginales no causa perjuicios a la comunidad, cuando haya servicios públicos disponibles de acueducto y saneamiento básico; décimo octavo, supervisar el cumplimiento del balance de control, en los términos del artículo 45 de la Ley 142 de 1994; décimo noveno, Velar por la progresiva incorporación y aplicación del control interno en las personas que presten servicios públicos sometidos a su control, inspección y vigilancia; vigésimo, Velar por que las personas que presten servicios públicos sometidos a su control, inspección y vigilancia, contraten una auditoría externa permanente con personas privadas especializadas; estas y otras funciones permiten que la superintendencia brinde efectivamente el control y vigilancia frente a los servicios públicos domiciliarios.

Ahora bien, dentro de las facultades dadas a la Superintendencia se establece que podrá imponer sanciones a quienes violen las normas a las que deben estar sujetas, según la naturaleza y la gravedad de la falta, estas sanciones podrán ser amonestaciones; multas; orden de suspender actividades del infractor y cierre de los inmuebles; separar a los administradores y empleados de las empresas de sus cargos, y prohibición de trabajar en empresas similares; prohibición de prestar directa o indirectamente el servicio; toma de posesión en una empresa de servicios públicos, o a la suspensión temporal o definitiva de sus autorizaciones y licencias cuando las sanciones no sean efectivas o perjudiquen indebidamente a terceros.

Ahora bien, un punto que considero supremamente importante, es el paso que da Colombia con la entrada a la OCDE, lo que implicó, que se tuviera que entrar en procesos de mejora regulatoria, para facilitar los análisis de impacto normativo o regulatorio que se deben hacer, para lograr los fines que el mismo regulador y la ley persiguen con la regulación del servicio, en ese sentido, se hace necesario, hablar de los mecanismos de mejora regulatoria realizados por Colombia.

6.8 MEJORAS REGULATORIAS EN MATERIA DE SERVICIO PÚBLICO DE AGUA POTABLE EN COLOMBIA.

Los primeros antecedentes en Colombia en materia de mejora regulatoria se evidencian en el documento CONPES 3816 de 2014, donde el Consejo Nacional de Política Económica y Social considero las bases para institucionalizar lo que hoy se conoce como Análisis de Impacto Normativo, en la etapa temprana del proceso de emisión de la normatividad desde la Rama Ejecutiva del Poder Público.

Al respecto, menciona este documento, que la organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), describe la Mejora Normativa como una de las bases que, junto a la política fiscal y monetaria, permiten una adecuada administración de la economía, por lo que se considera que las economías con mejor regulación se recuperan más rápido. Lo anterior, se desarrolló teniendo en cuenta que el campo de análisis de impacto normativo, no tiene mucho desarrollo en el país, por lo que se busca asegurar calidad en las normas que expide la Rama Ejecutiva.

El documento CONPES antes señalado, indica un conjunto de elementos y herramientas que buscan asegurar que las normas que se expidan sean de mejor calidad, las cuales resultan ser de uso común cuando se habla de una política de Mejora Normativa:

El primero de los elementos señalados, es el Análisis de Impacto Normativo, el cual *“(…) es un instrumento que aplica la administración pública luego de la intención de intervenir mediante una norma. Esta herramienta examina y cuantifica los beneficios, costos y efectos que probablemente una nueva norma o un cambio en ésta pueda generar”*²²³

En desarrollo de esta herramienta, el Departamento Nacional de Planeación – DNP, desarrollo la Guía Metodológica para la Elaboración de Análisis de Impacto Normativo (AIN), en este documento, se indica que el AIN, es una herramienta que sirve para apoyar la toma de decisiones en materia de regulación de políticas

²²³ Documento CONPES 3816 de 2014, página 11.

públicas, que tiene como fin definir la necesidad de intervenir o no en la economía y la sociedad, para que basados en evidencia se tome la decisión que resulte menos costosa en términos económicos, sociales y ambientales.

Frente al análisis de Impacto Normativo, sobresalen algunos principios que son usados con éxito en diversos modelos regulatorios de países miembros de la OCDE, entre estos principios se encuentran los siguientes²²⁴:

1. Multidisciplinariedad: se refiere a la necesidad de que la tarea regulatoria sea realizada en conjunto de varias áreas de especialización, donde confluya la parte técnica y la jurídica, a fin de que se pueda definir efectivamente los costos que implica la implementación o no de determinada regulación.
2. Coordinación Interinstitucional: este principio busca que desde el primer momento de la planeación de un proyecto de intervención, se vinculen todas las entidades consideradas competentes, para que intervengan no solo los responsables de regular, sino todos aquellos que tienen funciones de inspección, vigilancia y control, esto para asegurar que se tengan todas las visiones del problema, pues unos y otros tienen conocimientos diferentes frente al comportamiento del regulado.
3. Evidencia: este punto, se refiere a la necesidad de sustentar el AIN en información y datos disponibles, por lo cual las autoridades tienen que promover estrategias de recolección de datos y de indicadores de seguimiento y control, que permitan realizar la metodología con datos

²²⁴ Guía Metodológica para la Elaboración de Análisis de Impacto Normativo (AIN) versión 2.0. Departamento Nacional de Planeación de Colombia. Marzo 2021.

cuantitativos y cualitativos, que ayuden a los responsables de la toma de decisiones a identificar la intervención más eficiente y eficaz a partir de los datos recogidos.

4. Participación y Transparencia: este principio, considera que la consulta pública es un elemento que se debe presentar en todo el proceso de AIN, pues conocer las opiniones del regulado, permite tomar mejores decisiones, al conocer visiones diferentes de los problemas, lo que a su vez permite proponer diferentes soluciones.
5. Proporcionalidad: Entre más grande se considere que puede ser el impacto de la regulación en la vida económica y social del país, así mismo se debe hacer un análisis profundo, que presente mayor rigurosidad sobre la materia.
6. Lenguaje claro: en el AIN, se debe usar un lenguaje claro, que permita que la mayoría de los regulados puedan entenderla, lo que a su vez permite que la relación entre regulador y regulado sea mejor.

En desarrollo de estos principios es que se realiza el AIN, y en esta línea, Colombia ha diseñado unos pasos a seguir para la realización de este tipo de análisis, a través de los cuales se espera expedir regulación de calidad que de verdad responda a las necesidades que se esperan resolver:²²⁵

1. Definición del problema: lo primero que se debe hacer es identificar el problema que se está presentando, el cual genera resultados no deseados para la sociedad, si esta identificación se realiza adecuadamente, es posible concretar lo que se espera resolver, lo que conlleve a una adecuada

²²⁵ ídem

implementación de medidas, por lo contrario *“Una incorrecta definición del problema puede generar errores en la intervención a escoger, lo que ocasiona impactos no deseados, que en vez de resolver el problema real, puede generar problemas adicionales.”*²²⁶

2. Definición de objetivos: una vez identificado el problema, y decidida la necesidad de intervenir, se debe establecer lo que se espera lograr en relación con el problema identificado. Resulta importante definir los objetivos, para que estos sirvan de guía en la identificación de alternativas y acciones a tomar para solucionar el problema, lo cual nos permite establecer planes de monitoreo y de cumplimiento adecuado sobre los resultados de las medidas intervencionistas adoptadas.

En esta línea, es importante establecer que se deben proponer diferentes tipos de objetivos, como objetivos generales, nos referimos a lo que la intervención pretende solucionar a nivel general, respecto al impacto que van a generar a la sociedad o a la economía, y cuya medición se obtiene cuando una serie de intervenciones previas están realizadas. Estos objetivos responden al interrogante: ¿para qué hacer la intervención?

3. Selección de alternativas: el paso siguiente consiste en encontrar las alternativas que pueden dar solución al problema planteado y desarrollar los objetivos planteados. Establecido esto, es posible que evaluar los costos y beneficios, sociales, económicos y ambientales que esta alternativa presenta. Es importante mencionar, que en este aspecto, las alternativas que

²²⁶ ídem

se escojan deben ser soportadas en evidencia, que es la base que permite al regulador tomar la mejor alternativa de intervención.

4. Análisis y evaluación de alternativas: este punto, goza de especial relevancia en el AIN, teniendo en cuenta que la regulación que se elija genera consecuencias directas e indirectas para los involucrados, por lo que de las consecuencias que representen un menor costo para la sociedad, se deberá evaluar la conveniencia o no de la intervención, optando siempre por la que más beneficios genere a la sociedad en su conjunto, según los datos arrojados por la evidencia utilizada.
5. Elección de la mejor alternativa: a partir de la evidencia aportada y de los criterios definidos para la intervención según el alcance perseguido se deberá hacer elección de la alternativa que genere mayores beneficios y menores costos para la sociedad, en términos económicos, ambientales, y sociales. Estas alternativas, deben contar con sustento técnico, para que los encargados de tomar la decisión puedan comprender por qué es la mejor opción para intervenir y solucionar el problema que se planteó.
6. Diseño de la implementación y del monitoreo: en este espacio del AIN, se debe explicar claramente como la alternativa será aplicada en el corto, mediano y largo plazo, así como la forma en que se efectuará el monitoreo al cumplimiento de la medida, para lograr evidenciar si se cumplieron los objetivos de la regulación. En este sentido, se debe establecer si la regulación implica obligaciones para algunas partes o no, y en caso que lo haga, se deberá establecer el criterio bajo el cual voy a verificar el cumplimiento. Para el desarrollo de la verificación de cumplimiento se pueden

diseñar diferentes alternativas, como “*inspecciones, multas, sanciones, cárcel, retiro de licencias, suspensiones o advertencias*”²²⁷. En todo caso, si la alternativa no soporta una regulación, sino el cumplimiento espontáneo de la regulación, entonces no se generan obligaciones, por lo que la verificación se hace más sencilla. Para el caso colombiano, las medidas regulatorias en materia de servicios públicos son vigiladas, controladas e inspeccionadas por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

7. Consulta Pública: en mi consideración, este es uno de los aspectos más importantes de la modelación del AIN, pues esto permite que las personas que puedan llegar a verse afectadas directa o indirectamente por la regulación. En este sentido, se deben disponer espacios que garanticen la participación e intervención de todos los involucrados, máxime en territorios alejados, donde muchas de las personas no conocen las formas o metodologías por las cuales se adopta la regulación, haciendo que la regulación muchas veces se expida sin atender las necesidades reales de algunas comunidades alejadas. Esta retroalimentación entre regulador y regulado, sirve para entender mejor el problema y sus soluciones, y da mayor legitimidad a su proceso y resultado, haciendo a la vez que la adopción de las medidas sea más sencilla pues las comunidades ya conocían de antemano las alternativas.

Los anteriores principios y etapas del AIN, se constituyen como esenciales para lo que se debería hacer al momento de la realización del análisis, lo que conlleva a

²²⁷ Ídem.

que se realice una buena regulación que repercuta directamente en bienestar para la sociedad, en el sentido que se alcanzan objetivos sociales, económicos y ambientales que son beneficiosos para todos. Debo resaltar en este punto, la necesidad de hacer una tarea seria de análisis, para que las alternativas seleccionadas efectivamente solucionen los objetivos y en ultimas el problema planteado, procurando siempre que la alternativa sea clara, sencilla, de fácil cumplimiento, que no genere costos adicionales a la sociedad, que generen desigualdades y costos sociales altos. Cumplir con estos criterios, es esencial para el diseño de regulaciones más eficientes, pues nos llevan a un cambio de comportamiento, donde se busca que el cumplimiento de la regulación sea lo más espontánea posible.

Acompañado al análisis de impacto normativo, existen otras herramientas que resultan de suma importancia para la mejora regulatoria, entre ellas se encuentran la evaluación ex post, que se desarrolla como una metodología que busca establecer si las medidas de regulación adoptadas efectivamente cumplieron con los objetivos previstos a corto, mediano, y largo plazo. Esta tarea se desarrolla comparando la evidencia que se tenía antes de la regulación, frente a la evidencia que se tiene después, con estos datos se logra establecer la efectividad o no de las medidas adoptadas.²²⁸

Otra herramienta importante en materia de mejora regulatoria es la simplificación Administrativa, la cual contempla la eliminación de normas obsoletas o

²²⁸ Guía para la Evaluación Ex Post de Proyectos de Inversión Pública, Observatorio Regional de Planificación para el Desarrollo de América Latina y del Caribe, noviembre 2022.

contradictorias, definición de directrices para la producción normativa, lo que implica que el estudio de regulación, considere dentro de su análisis que se utilice un lenguaje claro que sea entendible para los regulados; que se haga análisis de derogatorias tacitas y explicas; adicionalmente y resulta muy importante entre el concepto de simplificación administrativa, que se incluyan TICs, que permitan que la relación entre regulador y regulado sea mucho más simple y expedita.²²⁹

Aunado a lo anterior, y como otra herramienta de suma importancia tenemos la Transparencia Normativa, la cual contempla aspectos relacionados con la consulta pública y comunicación con las personas interesadas en los procesos de regulación, a fin de que estas puedan ser tenidas en cuenta en los procesos, y de paso al tener acceso a la información de los proyectos no se adopten medidas arbitrarias, y a la vez sirvan para que hagan control a los encargados de ejecutar los proyectos, para que no se presenten casos de corrupción en el marco de la ejecución de los objetivos planteados.

Ahora bien, en este punto es importante mencionar que Colombia ha tenido varios adelantos en materia de mejora normativa o regulatoria, las cuales se desarrollan en diferentes campos, como en materia de protección del ordenamiento jurídico o técnica normativa; en política de simplificación de trámites; inventario normativo; abogacía de la competencia; consulta pública; análisis de impacto normativo; agenda regulatoria; gobierno en línea; intercambio de información; política

²²⁹ Estudio de la OCDE sobre la Política regulatoria en Colombia, 2014.

regulatoria (CPR) de la OCDE, entre otras herramientas que han sido implementadas en Colombia, como parte de la estrategia de mejora regulatoria.

Frente a las comisiones de regulación, el Decreto 1077 de 2015²³⁰ en su artículo 2.3.6.3.4.13., señala que las comisiones deben rendir cuentas de su respectiva gestión, señalando el cumplimiento de la agenda regulatoria anual, y los demás temas de interés público. Adicionalmente, señala la norma que deberán realizar informe que incluya estudio del impacto del marco regulatorio en su conjunto, desarrollando lo pertinente frente a la sostenibilidad, viabilidad y dinámica del sector respectivo, estudio que será realizado atendiendo los términos de referencia que sea propuesto por cada comisión, que serán sometidos a procedimientos de consulta, como parte de las políticas de mejora regulatoria que se adoptan a nivel nacional, para que los interesados presenten observaciones, reparos o sugerencias, para que sean tenidos en cuenta por la respectiva comisión. Ahora bien, atendiendo que dentro del proceso de análisis de impacto normativo, se establecen distintos tipos de objetivos, a corto, mediano y largo plazo, considero que la norma no debería ajustar el término del informe a que sea entregado cada 3 años, tal como lo menciona la norma, en realidad, el seguimiento al impacto normativo por parte de las comisiones debe ser pertinente, por lo que los criterios de seguimiento deben depender del tipo objetivo perseguido, pues habrán medidas que se adopten, que se espera tengan efectos de manera próxima, que requieren medición de impacto

²³⁰ Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Vivienda, Ciudad y Territorio.

de forma inmediata, para de considerarlo necesario, tomar las medidas que se consideren pertinente para ajustar el tema.

En el mismo sentido, el artículo 39 del Decreto 19 de 2012²³¹, que modifica el numeral segundo del artículo primero de la Ley 962 de 2005²³², indica que las entidades públicas y los particulares que ejerzan funciones administrativas, al momento de solicitar la autorización de un trámite interno ante el Departamento Administrativo de la Función Pública, deberán adjuntar la manifestación del impacto regulatorio, en el cual se deberá indicar la justificación del nuevo trámite que esperan instituir, señalando la eficiencia, eficacia y los costos necesarios en los que se debe incurrir para cumplir, por lo que consecuentemente deberá manifestar la existencia de recursos para llevar a cabo el desarrollo, y de encontrarlo ajustado a las necesidades se aprobará el trámite solicitado.

Bajo esta misma línea, el Decreto 1471 de 2014, en lo referente a los lineamientos para reglamentación técnica, indica que las entidades reguladoras, como las comisiones de regulación, deberán adoptar buenas prácticas de reglamentación técnica de manera que esta no tenga por objeto o efecto crear obstáculos innecesarios al comercio. Así pues, las entidades reguladoras deberán justificar la expedición de un reglamento técnico de emergencia en el correspondiente acto administrativo y tener como sustento los estudios técnicos y científicos como

²³¹ *Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública.*

²³² *Por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos.*

soporte de las decisión, razón por la cual al momento de solicitar concepto previo para la adopción del reglamento, deberán allegar entre otros documentos, los estudios técnicos que sustenten las medidas que se adoptarían a través del proyecto de reglamento técnico o de procedimiento.

Así mismo, debemos señalar que las comisiones de regulación, tienen la obligación de definir un plan estratégico para periodos mínimos de cinco (5) años y una agenda regulatoria anual de carácter indicativo, en el cual se precisan los temas o asuntos que serán avocados por la Comisión durante el lapso de tiempo antes señalado, lo que no imposibilita que se tramiten otros asuntos que no se encuentran en dicha agenda. Lo que sí permite dicha agenda, es determinar el camino a seguir por parte de las comisiones de regulación, para que, a pesar de los cambios de comisionados, se pueda asegurar el camino que se debe seguir en materia regulatoria en el país.

En lo que tiene que ver directamente con la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico – CRA, las herramientas antes señaladas se pueden evidenciar en varios criterios adoptados por dicha comisión, pues según lo reportado por la misma entidad en su observatorio de Mejora Normativa, entre el 2017 y 2022 ha disminuido su producción de resoluciones de trámite, realizando directamente la publicación de los actos administrativos.

Otro aspecto importante donde se evidencian las herramientas de mejora regulatoria, es en el análisis ex post, que realiza la comisión de regulación frente a la regulación general que se expide en materia de acueducto, alcantarillado y aseo, esto debido a que como lo señala la OCDE, la evaluación ex post, debe ser realizada por todas las instituciones con facultades regulatorias, lo que implica que se analice

la adecuación de las regulaciones después de cierto tiempo de haber entrado en vigor, lo que facilita la retroalimentación de las mejoras o cambios de enfoque que deben realizarse.

Adicionalmente, la herramienta relacionada con la unificación de normas, y facilidad de acceso a estas, esta comisión de regulación expidió la Resolución CRA 943 de 2021, donde se compilo la normatividad de la Entidad, así como la base de los estudios para la revisión de los nuevos marcos tarifarios para los servicios regulados por esta comisión, señalando los lineamientos que alimentarán los nuevos marcos tarifarios.

Para finalizar, debo mencionar, que el Departamento Nacional de Planeación, ha creado un equipo de Mejora Regulatoria, que hace parte del Grupo de Modernización del Estado, que se encarga de diseñar y promover estrategias en entidades de la Rama Ejecutiva, orientadas a mejorar la calidad, eficiencia y transparencia en los procesos de emisión e implementación normativa, de tal manera que contribuya al bienestar económico, social y/o ambiental.

En lo que tiene que ver directamente con las Comisiones de Regulación, la tarea de mejora regulatoria, si se ve que ha venido realizándose al interior de las entidades, lo que implica que la calidad regulatoria sea cada vez más técnica, y aterrizada con las propias realidades del país. No obstante, estas herramientas de mejora regulatoria, no se logran evidenciar con rigidez en el resto de entidades pertenecientes a la rama ejecutiva, si bien, cada vez que se expide una norma, este está acompañado de un estudio de conveniencia y una motivación, estos estudios no aplican la metodología de Análisis de Impacto normativo, que implica una

adecuada identificación de problemas y alternativas de solución a corto, mediano y largo plazo, causando que no se haga seguimiento posterior a la adopción de las medidas, por lo que se evidencia que en el marco jurídico del país, se puedan encontrar tramites o normas en desuso, que ya no se encuentran adecuadas a las realidades del país, o que regulan situaciones de hechos inexistentes, sin que se haga seguimiento a los impactos de las normas adoptadas a nivel nacional.

En este sentido, se hace necesario, que todas las Entidades a nivel nacional, empiecen a implementar estas herramientas de mejora regulatoria, para que hagan parte de la modernización del Estado, que implica el acceso a la información de parte de todas las personas que se puedan ver afectadas, aunque se encuentren en las zonas más alejadas, como parte del proceso de modernización del Estado, las entidades tienen que salir de las grandes ciudades e ir a las regiones, socializar con todos los interesados, para que los estudios de costo beneficio de determinada regulación, efectivamente represente el menor costos social y ambiental posible.

CAPÍTULO 7. REGULACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE AGUA POTABLE EN ESPAÑA.

Aterrizando el propósito de esta investigación, pasaré a tratar la regulación del agua potable en España, que resulta ser un sector especialmente relevante para toda la sociedad, y que como se explicó anteriormente, cuenta con características específicas que lo diferencian de otros servicios públicos.

En este sentido, la estructura de costos y demanda del servicio de agua potable es más compleja que en otros sectores, el agua es un recurso almacenable y de consumo masivo predominantemente residencial; en este servicio se presentan grandes inversiones en activos fijos como redes que son diseñadas para ser muy duraderas, pero sin tener usos alternativos, por lo que la recuperación de los costos de capital se requiere de periodos muy largos de tiempo, causando que la demora en el retorno de la inversión haga que no sea muy atractiva la entrada de nuevos inversionistas.

Adicionalmente, al ser considerada el agua un bien de primera necesidad, reconocido por la Resolución 64/292 de 2010 de la Asamblea General de las Naciones Unidas como derecho humano, hace que se deban cumplir características como la calidad del servicio, control sanitario, universalidad y continuidad en el suministro. Aunado a lo anterior, se suma la característica de este servicio, de que tiene origen en un monopolio natural que le permite acceder a un mercado donde la competencia está muy regulada.

En España particularmente, desde la década de 1990, y sobre todo con la entrada de España en la Unión europea se evidenció una tendencia a fomentar la privatización de los servicios públicos, con la consecuencia obvia de reducción en el sector público, situación que los últimos años ha ido cambiando a causa del fenómeno de la remunicipalización, que es causado por los continuos cambios sociales y económicos que promueven avances en pro de mejorar las fórmulas que regulan las actividades económicas.

Pero en España el servicio de abastecimiento de agua potable, está basado en la titularidad pública del mismo y son las administraciones locales, las competentes, pero dejando la gestión en gran parte empresas privadas, aunque cada vez es más común que los municipios están retomando la prestación directa del servicio (municipalización).

En España, las comunidades autónomas, y las administraciones municipales, tienen competencias en materia de agua y actúan en la gestión del recurso del agua, de conformidad con lo estipulado en la distribución de las competencias establecida en la Constitución española, por lo que dependiendo de la escala espacial, se encontraran diferentes unidades de gestión del agua, como las cuencas hidrográficas, y las demarcaciones hidrográficas y, al interior de estas, los sistemas de explotación conformados por masas de agua superficiales y subterráneas.²³³

²³³ Sánchez García Victoria Eugenia, *“EL AGUA QUE BEBEMOS, La necesidad de un nuevo sistema de tarifas en España”*, Editorial Dykinson, Madrid - España, Año 2014. Página 111.

Según Matés Juan²³⁴, *“El intervencionismo de las administraciones públicas se detecta en el afán legislador y en el creciente protagonismo de los ayuntamientos, para asumir papeles que hasta entonces habían estado muy atomizados entre diversas instituciones. La legislación liberal comenzó a otorgar mayores competencias a los cabildos municipales, muchas veces en cuestiones muy dispares entre sí como la beneficencia, la instrucción primaria, el urbanismo y los servicios sanitarios. Esta acción municipalizadora estaba auspiciada por médicos higienistas e ingenieros, que eran conscientes de las enormes dificultades que debían vencer al enfrentarse con intereses privados para resolver los problemas urbanísticos y sanitarios.*

Antes de seguir con el análisis del esquema de regulación del agua potable en España, considero necesario hacer un pequeño resumen de la estructura y normativa que regulan el servicio al interior del país, esto con miras a dar un marco general sobre el que se sitúa la regulación del precio del agua potable en el país.

7.1. NORMATIVA SOBRE AGUAS EN ESPAÑA.

En primera instancia, debemos hacer mención de la Constitución Española de 1978, la cual, desde el preámbulo, manifiesta que la Nación española tiene como voluntad proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos, sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones.

²³⁴ Matés Juan Manuel, (2016), *“La regulación del suministro de agua en España Siglo XIX y XX”*, Universidad de Jaén, Revista de Historia Industrial No. 61. Año XXV, Monográfico 1. Página 20.

Por su parte, el comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales adoptó la Observación General No. 15, en la que se establece que *“el derecho humano al agua es indispensable para una vida humanada digna”* y adicionalmente define el derecho al agua como *“el derecho de cada uno a disponer de agua suficiente, saludables, aceptable, físicamente accesible y asequible para uso personal y doméstico”*. Adicionalmente la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 28 de julio de 2010, a través de la Resolución 64/292, reconoció explícitamente el derecho humano al agua y al saneamiento, indicando que *“Reconoce que el derecho al agua potable y el saneamiento es un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos”*. Por tanto, España como país que forma parte de la ONU es exhortada a proporcionar recursos financieros, a propiciar la capacitación y la transferencia de tecnología para ayudar a los países, en particular a los países en vía de desarrollo, a proporcionar un suministro de agua potable y saneamiento saludable, limpio, accesible y asequible para todos.

Así pues, el reconocimiento de este derecho humano, más la voluntad en el preámbulo de la constitución española, sirven como base para la construcción del derecho al agua en España.

A su vez, el artículo 45 de la Constitución Española, en su numeral 2, indica que *“Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva”*, por lo que dentro de estos recursos, se encuentra el agua, que goza de especial protección, por estar directamente conectado con el derecho a la vida, y por ser

considerado un recurso esencial, agotable, y no renovable, que debe acaparar grandes esfuerzos por parte de los poderes públicos para su protección.

El artículo 47 ídem, indica que “*Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación*”, al referirnos específicamente al aparte que menciona una vivienda digna y adecuada, debemos observar que tal como lo menciona Ferrando Nicolau²³⁵, el derecho a la vivienda puede verse en relación con el derecho a la vida, en el sentido amplio de garantizar un mínimo económico existencial, es decir que se cumplan las necesidades básicas, dentro de las que encontramos la alimentación, el agua, cobija y vestidos, por lo que el derecho a la vivienda pasaría a ser un elemento integrante de otros derechos, por lo que requieren protección especial. Por otro lado, al hablar de la vivienda digna y entorno adecuado, nos referimos a unos servicios y unas condiciones ambientales que hagan posible el derecho a la vida y el desarrollo del hombre, por lo que, en cuanto a servicios, se podría entender como un mínimo la existencia de agua corriente, de servicios sanitarios. Así pues, con la garantía del derecho a una vivienda digna, también se deben garantizar los derechos que encierra, como el del acceso al agua potable dentro de la vivienda.

²³⁵ Ferrando Nicolau Esperanza, (1992), “*El derecho a una vivienda digna y adecuada*” Anuario de Filosofía del Derecho IX, PP 305 – 322.

Por su parte, el artículo 51 indica que “*Los poderes públicos garantizaran la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos*” , en el entendiendo que el servicio de suministro de agua potable, es un servicio público de acuerdo con la legislación local , y que somos reconocidos como usuarios y consumidores del mismo, lo poderes públicos deben garantizar la defensa, máxime si se tiene en cuenta que el suministro de agua, tiene relación directa con el derecho a la salud y a la vida.

De la anterior lectura, se puede evidenciar que la Constitución española, promueve que todos los poderes públicos se muevan en pro de la protección al derecho al agua, no solo indicando que se permite la satisfacción de este para suplir las necesidades básicas, sino que además, se debe garantizar el suministro de agua potable domiciliario, el primero de estos aspectos en desarrollo al derecho a la vida misma y el segundo en miras a garantizar un servicios responsabilidad de los poderes públicos, sin especificar que la prestación la deba realizar directa o indirectamente el Estado o una empresa privada.

Ahora bien, antes de entrar al estudio específico de la legislación referente a la Regulación de la tarifa del agua en España, considero necesario hacer un esbozo de la regulación del agua en general, por lo que debo empezar haciendo mención al Real Decreto Legislativo 1 de 2001, “*por el cual se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas*”, que tiene por objeto entre otros, la regulación del dominio público hidráulico, del uso del agua y del ejercicio de las competencias atribuidas al Estado

en las materias relacionadas con dicho dominio en el marco de las competencias exclusivas del Estado, delimitadas en el artículo 149 de la Constitución.

Dentro de lo que se conoce como dominio público hidráulico, el artículo 2 del Real Decreto Legislativo ibidem, señala que este se constituye por:

- a) las aguas continentales, tanto las superficiales como las subterráneas renovables con independencia del tiempo de renovación;
- b) los cauces de corrientes naturales, continuas o discontinuas;
- c) los lechos de los lagos y lagunas y los de los embalses superficiales en cauces públicos;
- d) los acuíferos, a los efectos de los actos de disposición o de afección de los recursos hidráulicos;
- e) las aguas procedentes de la salación de agua de mar.

El título II del Real Decreto ídem, señala lo pertinente frente a la administración pública del agua, indicando en el artículo 17, las funciones del Estado en relación con el dominio público hidráulico, dentro de las que se encuentran las siguientes:

“a) La planificación hidrológica y la realización de los planes estatales de infraestructuras hidráulicas o cualquier otro estatal que forme parte de aquéllas. b) La adopción de las medidas precisas para el cumplimiento de los acuerdos y Convenios internacionales en materia de aguas. c) El otorgamiento de concesiones referentes al dominio público hidráulico en las cuencas hidrográficas que excedan del ámbito territorial de una sola

Comunidad Autónoma. d) El otorgamiento de autorizaciones referentes al dominio público hidráulico, así como la tutela de éste, en las cuencas hidrográficas que excedan del ámbito territorial, de una sola Comunidad Autónoma. La tramitación de las mismas podrá, no obstante, ser encomendada a las Comunidades Autónomas.”, resulta importante, que el otorgamiento al que hace referencia los literales C y D, se presenta cuando la cuenca hidrográfica exceda el ámbito territorial de una sola comunidad autónoma, cuando no sea así este otorgamiento corresponderá a la respectiva comunidad.

Por su parte el artículo 18, de la misma norma, nos señala el régimen jurídico básico aplicable a las comunidades autónomas. En primer lugar, la comunidad autónoma que, en virtud de su estatuto de autonomía, ejerza competencia sobre el dominio público hidráulico en cuencas hidrográficas comprendidas íntegramente dentro de su territorio, ajustará el régimen jurídico de su administración hidráulica a las siguientes bases:

- a) aplicación de los principios del artículo 14 de la misma ley y
- b) la representación de los usuarios en los órganos colegiados de la Administración hidráulica no será inferior al tercio de los miembros que los integren.

Adicionalmente señala el artículo que los actos y acuerdos que infrinjan la legislación hidráulica del Estado o no se ajusten a la planificación hidrológica y

afecten a su competencia en materia hidráulica podrán ser impugnados ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

El capítulo II, de la Ley, distingue entre los usos comunes y los usos privativos del agua, así en el artículo 50, indica cuales son los usos comunes:

“Todos pueden, sin necesidad de autorización administrativa y de conformidad con lo que dispongan las Leyes y Reglamentos, usar de las aguas superficiales, mientras discurren por sus cauces naturales, para beber, bañarse y otros usos domésticos, así como para abreviar el ganado. 2. Estos usos comunes habrán de llevarse a cabo de forma que no se produzca una alteración de la calidad y caudal de las aguas. Cuando se trate de aguas que circulen por cauces artificiales, tendrán, además, las limitaciones derivadas de la protección del acueducto. En ningún caso, las aguas podrán ser desviadas de sus cauces o lechos, debiendo respetarse el régimen normal de aprovechamiento. 3. La protección, utilización y explotación de los recursos pesqueros en aguas continentales, así como la repoblación acuícola y piscícola, se regulará por la legislación general del medio ambiente y, en su caso, por su legislación específica. 4. La Ley no ampara el abuso del derecho en la utilización de las aguas ni el desperdicio o mal uso de las mismas, cualquiera que fuese el título que se alegare” (subrayado por fuera del texto original)

Esta parte subrayada, resulta importante, pues de allí se desprende que cuando hablamos de aguas superficiales²³⁶, que sean usadas para usos domésticos, existe gratuidad en el uso de este recurso.

Por otro lado, el artículo 52, señala que existen dos formas de adquirir el derecho al uso privativo: por disposición legal o por concesión administrativa. Frente al uso privativo por disposición legal el artículo 54, nos muestra dos posibilidades: 1. El propietario de una finca puede aprovechar las aguas pluviales que discurren por ella y las estancadas, dentro de sus linderos, sin más limitaciones que las establecidas en la Ley y las que se deriven del respeto a los derechos de tercero y de la prohibición del abuso del derecho. 2. En las condiciones que reglamentariamente se establezcan, se podrán utilizar en un predio aguas procedentes de manantiales situados en su interior y aprovechar en él aguas subterráneas, cuando el volumen total anual no sobrepase los 7.000 metros cúbicos. En los acuíferos que hayan sido declarados como sobreexplotados, o en riesgo de estarlo, no podrán realizarse nuevas obras de las amparadas por este apartado sin la correspondiente autorización.

²³⁶ Según el Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico de España, las aguas superficiales continentales son todas aquellas quietas o corrientes en la superficie del suelo. Se trata de aguas que discurren por la superficie de las tierras emergidas (plataforma continental) y que, de forma general, proceden de las precipitaciones de cada cuenca. Entre estas se encuentran las aguas lólicas o corrientes y las aguas lénticas, las primeras que son masas de agua que se mueven siempre en una misma dirección como ríos, manantiales, riachuelos, arroyos, ramblas, y la segunda son aguas interiores quietas o estancadas tales como los lagos, lagunas, charcas, humedales y pantanos. <https://www.miteco.gob.es/es/agua/temas/estado-y-calidad-de-las-aguas/aguas-superficiales/>

La concesión Administrativa, está regulada en el capítulo III “De las autorizaciones y concesiones”, en su artículo 59, resalta las siguientes posibilidades:

“1. Todo uso privativo de las aguas no incluido en el artículo 54 requiere concesión administrativa. 2. Las concesiones se otorgarán teniendo en cuenta la explotación racional conjunta de los recursos superficiales y subterráneos, sin que el título concesional garantice la disponibilidad de los caudales concedidos. 3. Si para la realización de las obras de una nueva concesión, fuese necesario modificar la toma o captación de otra u otras preexistentes, el organismo de cuenca podrá imponer, o proponer en su caso, la modificación, siendo los gastos y perjuicios que se ocasionen a cargo del petitionerio. 4. Toda concesión se otorgará según las previsiones de los Planes Hidrológicos, con carácter temporal y plazo no superior a setenta y cinco años. Su otorgamiento será discrecional, pero toda resolución será motivada y adoptada en función del interés público. Las concesiones serán susceptibles de revisión con arreglo a lo establecido en el artículo 65 de esta Ley. 5. No obstante lo dispuesto en el apartado 1, los órganos de la Administración Central o de las Comunidades Autónomas podrán acceder a la utilización de las aguas previa autorización especial extendida a su favor o del Patrimonio del Estado, sin perjuicio de terceros. 6. Cuando para la normal utilización de una concesión fuese absolutamente necesaria la realización de determinadas obras, cuyo coste no pueda ser amortizado dentro del tiempo que falta por transcurrir hasta el final del plazo de la concesión, éste podrá prorrogarse por el tiempo preciso para que las obras puedan amortizarse,

con un límite máximo de diez años y por una sola vez, siempre que dichas obras no se opongan al Plan Hidrológico correspondiente y se acrediten por el concesionario los perjuicios que se le irrogarían en caso contrario. 7. Los caudales ecológicos o demandas ambientales no tendrán el carácter de uso a efectos de lo previsto en este artículo y siguientes, debiendo considerarse como una restricción que se impone con carácter general a los sistemas de explotación. En todo caso, se aplicará también a los caudales medioambientales la regla sobre supremacía del uso para abastecimiento de poblaciones recogida en el párrafo final del apartado 3 del artículo 60. Los caudales ecológicos se fijarán en los Planes Hidrológicos de cuenca. Para su establecimiento, los organismos de cuenca realizarán estudios específicos para cada tramo de río. 8. El otorgamiento de una concesión no exime al concesionario de la obtención de cualquier otro tipo de autorización o licencia que conforme a otras leyes se exija a su actividad o instalaciones.”

(subrayado por fuera del texto original)

El numeral subrayado en el artículo anterior, resulta de suma importancia para la regulación del suministro de agua potable, pues al momento de establecer el precio a cobrar por el servicio, es necesario que se tengan en cuenta los tiempos de licencia, y los tiempos en los que se espera amortizar las construcciones a realizar. Esto toma mayor importancia, si tenemos en cuenta que, según el orden de preferencia de usos, se tiene en primera instancia el abastecimiento de la población, incluyendo en su dotación necesaria para industrias de poco consumo de agua situadas en los núcleos de población y conectadas a la red municipal.

Otro tema a destacar de esta norma , es el título referente al régimen económico-financiero de la utilización del dominio público hidráulico, que en su artículo 111 establece unos principios generales, dirigidos a la recuperación del coste de los servicios relacionados con la gestión del agua, incluyendo los costes ambientales y del recurso en los diferentes usuarios finales, para lo cual la administración con competencias en materia de suministro de agua establecerá las estructuras tarifarias por tramos de consumos, con la finalidad de atender las necesidades básicas a un precio asequible y desincentivar los consumos excesivos. Este último aspecto, resulta de gran importancia, pues la ley, está indicando al órgano administrativo competente, que el cobro de la tarifa se deberá realizar por tramos o segmentos, es decir que, según el nivel de consumo, así mismo deberá ser el valor a pagar por cada metro cubico de agua.

7.2. NORMAS QUE DESARROLLAN LA REGULACIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO HIDRÁULICO.

En este aspecto, empezaré por analizar el *“Reglamento del Dominio Público Hidráulico que desarrolla los títulos preliminares, I, IV, V, VI, VII y VIII del texto refundido de la Ley de Aguas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio”*.

Dicho reglamento, en su capítulo II señala lo pertinente a los usos comunes y privativos, el artículo 49 bis²³⁷, nos trae una clasificación a fin de establecer el procedimiento concesional o de autorización aplicable, definiendo ocho categorías:

²³⁷ Se añade por el artículo único 2 del Real Decreto 670 de 2013 de 6 de septiembre.

a) uso destinado al abastecimiento, dentro y fuera de núcleos urbanos, dentro de los que se encuentra el consumo humano, otros usos domésticos distintos al del consumo humano, uso municipal, y el de industrias, comercios, ganadería y regadíos.

A su vez señala esta norma que se entiende por consumo humano el correspondiente a beber, cocinar, preparar alimentos e higiene personal.

b) uso agropecuario;

c) usos industriales para producción de energía eléctrica;

d) otros usos industriales;

e) acuicultura;

f) usos recreativos;

g) navegación y transporte acuático;

h) otros usuarios, entre los que se incluyen públicos y privados.

Más adelante, el artículo 50, dispone que todos pueden sin necesidad de autorización administrativa y de conformidad con lo que dispongan las leyes u reglamentos, usar de las aguas superficiales, mientras discurren por sus cauces naturales, para beber, bañarse y otros usos domésticos, por lo que como observamos anteriormente, mientras se cumplan estas condiciones, se entiende que hay gratuidad en el uso del agua.

Frente a los usos privativos, de conformidad con el artículo 83 de la norma ídem, el derecho al uso privativo se adquiere por disposición legal o por concesión

administrativa, y se prohíbe claramente la posibilidad de que el derecho al uso privativo del dominio público hidráulico se adquiriera por prescripción. Así pues, los órganos de la administración central o de las comunidades autónomas podrán acceder a la utilización de las aguas previa autorización que es dada a su favor o del patrimonio del Estado, lo que supone que será entregada para su propio aprovechamiento y no de terceros.

Ahora bien, de conformidad con el artículo 98²³⁸, de la normatividad ibidem, al momento de brindar una concesión se tendrán en cuenta en primer lugar los órdenes de preferencia relacionados en los planes hidrológicos de la cuenca correspondiente, a falta de este orden de preferencia, la ley expone uno que regirá con carácter general, indicando en primer lugar “Abastecimiento de población, incluyendo en su dotación la necesidad para industrias de poco consumo de agua situadas en los núcleos de población y conectadas a la red municipal. A lo que se indica enseguida, que el orden que se pueda establecer en los planes hidrológicos de cuenca, deberá respetar en todo caso la supremacía de uso consignado en el apartado 1 el cual acabamos de citar. Lo anterior, demuestra la importancia que dentro de los planes estatales se le da al abastecimiento de la población de un recurso tan importante como el Agua.

Por su parte, los artículos 284 y siguientes de esta norma, hacen referencia al régimen económico-financiero de la utilización del dominio público hidráulico,

²³⁸ Se modifica el apartado 3 por el art. único.3 del Real Decreto 670/2013, de 6 de septiembre

pautas que resultan de mucha importancia al momento de establecer las tarifas a cobrar para el servicio de agua potable, o para el abastecimiento de agua.

Como principio general se tiene que las administraciones públicas competentes al momento de realizar proyecciones económicas a largo plazo, deberán tener en cuenta el principio de recuperación de los costes, por lo que se establecerán mecanismos para recuperar los costes relacionados con la gestión del agua, por lo que en materia de suministro de agua, indica que se deberá establecer la estructura tarifaria por tramos de consumo, con la finalidad de atender las necesidades básicas a un precio asequible y desincentivar los consumos excesivos.

En el caso, de los prestadores del servicio de abastecimiento de agua, las autoridades deberán tener en cuenta al momento de calcular el canon a cobrar, lo establecido en el artículo 112 del texto refundido de la Ley de Aguas, el cual se denomina canon de utilización de bienes de dominio público hidráulico, por la utilización de los bienes del dominio público, y el artículo 114 señala, que es el canon de regulación y tarifa de utilización del agua, este último que deberá ser pagado por los beneficiarios por las obras que hayan sido financiadas total o parcialmente por el Estado, canon que se encuentra destinado para a compensar los costes de la inversión que soporte la Administración estatal. La distribución de dicho importe entre todos los beneficiarios se realizará con arreglo a criterios de racionalización del uso del agua, equidad en el reparto de las obligaciones y autofinanciación del servicio. Así pues, será el organismo de cuenca, quien determinará las cuantías del canon de regulación y de la tarifa de utilización del agua por cada año.

7.3. NORMAS QUE REGULAN LA CALIDAD DE LAS AGUAS.

Al respecto, nos encontramos con distintas normas, como el Decreto 817 de 2015, *“por el cual se establecen los criterios de seguimiento y evaluación de las aguas superficiales y las normas de calidad ambiental”*; o el Decreto ley 11 de 1995 *“por el cual se establecen las normas aplicables al tratamiento de aguas residuales”*; o el Real Decreto 509 de 1996, que establece lo referente a las aguas residuales urbanas. No obstante, referente al presente estudio que estamos realizando, consideramos pertinente conocer la regulación sobre la calidad del agua de consumo.

Ahora bien, el instrumento jurídico encargado de regular este tema es el Real Decreto 3 de 10 de enero de 2023 *“por el cual se establecen los criterios técnico sanitarios de la calidad del agua de consumo, su control y suministro”*. Por medio de esta norma, se establecen los criterios técnicos y sanitarios que deben cumplir las aguas de consumo y de su suministro y distribución. Desde las masas de agua hasta el grifo del usuario, así como el control de su calidad, garantizando y mejorando su acceso, disponibilidad, salubridad y limpieza, con la finalidad de proteger la salud de las personas de los efectos adversos derivados de cualquier tipo de contaminación²³⁹.

²³⁹ Según la misma normatividad, en su artículo 2, se señala que se entiende como agua para consumo , señalando lo siguiente:

a) Agua de consumo: agua para uso humano, ya sea en su estado original o después del tratamiento, utilizadas para beber, cocinar, preparar alimentos, higiene personal u otros fines domésticos, tanto en locales públicos como privados, independientemente de su origen y si se suministra desde redes de distribución, desde cisternas o en depósitos móviles y que sea salubre y limpia.

Ahora bien, frente a las responsabilidades y competencias, el artículo 4 del Real Decreto 3 de 2023, indica que cuando la gestión del suministro de agua sea de consumo directa, la administración local deberá realizar sin perjuicio de las que correspondan a la autoridad sanitaria, las siguientes actividades:

“a) El tratamiento de potabilización oportuno para asegurar que el agua suministrada a través de cualquier red de distribución, cisterna o depósito móvil en su ámbito territorial sea apta para el consumo en el punto de entrega al usuario;

b) El Protocolo de Autocontrol y Vigilancia municipal en las infraestructuras de titularidad y gestión municipal;

c) El Plan Sanitario del Agua, en adelante PSA, en las zonas de abastecimiento de titularidad y gestión municipal;

d) La evaluación de fugas estructurales en las redes de distribución y acometidas de titularidad y gestión municipal;

e) La garantía que la calidad del agua de consumo en la red de distribución hasta el punto de entrega de la instalación interior, cumpla con lo dispuesto en el anexo I;

f) La notificación de la información tanto en Sistema de Información Nacional de Agua de Consumo (en adelante, SINAC) como en su página web;

g) La mejora del acceso al agua de los grupos vulnerables, la identificación de los mismos y de los mecanismos de acción social para este grupo de población;

h) Las medidas oportunas para garantizar el cumplimiento de las obligaciones que señala esta norma, de los titulares de los edificios o locales con actividad pública o comercial, así como de los titulares de los edificios prioritarios cumplen con las obligaciones que establece este real decreto;

i) Cualquier otra acción descrita en este real decreto que les competa.”

Por otro lado, cuando la gestión del suministro de agua sea indirecta, delegada o mixta, la administración local deberá garantizar que los operadores titulares de la concesión, cumplan las siguientes actividades:

“a) Cumplan con lo señalado en esta normativa en cuanto a las infraestructuras y en lo referente a la reparación y mantenimiento de las mismas;

b) Garanticen que la calidad del agua de consumo en la red de distribución hasta el punto de entrega de la instalación interior, y cumplan con lo dispuesto en el anexo I;

c) Cumplan con la frecuencia de muestreo del Protocolo de Autocontrol;

d) Suministre agua apta para el consumo;

e) Realicen e implanten los PSA en las zonas de abastecimiento y la propuesta de medidas correctoras;

f) Realicen la evaluación de fugas estructurales en las redes de distribución y acometidas;

g) Notifiquen la información en SINAC y en su web corporativa;

h) Cualquier otra acción descrita en este real decreto que les competa.”

Adicionalmente, menciona este artículo que los titulares de edificios o locales con actividad pública o comercial, deberán:

“a) Aplicar las medidas y controles necesarios para mantener la calidad del agua de consumo y que no se deteriore entre la acometida hasta el grifo, por la falta de limpieza o mantenimiento de la instalación interior;

- b) Elaborar e implantar el PSA, si el edificio es prioritario;
- c) Cualquier otra acción descrita en este real decreto que les competa.”

Este último aspecto resulta de suma importancia a mi parecer, pues ni en la normatividad Colombiana, ni en la Española hasta este momento, había observado que se trasladarán competencia en materia de aplicación de medidas en pro de la calidad del agua, que tuvieran que ser tomadas por los dueños de locales o de edificios, lo cual guarda mucho sentido, pues las administraciones locales, no tienen la posibilidad de invertir en infraestructura, para que las normas de calidad sean cumplidas en este tipo de propiedades, pues en muchas ocasiones lo que se presenta, es que la acometida de agua, llega hasta cierto punto general que es responsabilidad del prestador del servicio²⁴⁰, del cual se dividen a diferentes locales internos o varios apartamentos, sin que se hubiera establecido anteriormente la obligatoriedad de tomar medidas y controles para mantener la calidad del agua, lo que implica, un reconocimiento de los usuarios, bajo el cual se tiene que la responsabilidad del manejo del agua con criterios de calidad, es responsabilidad de todos.

Así pues, en virtud del artículo 5 del Real Decreto mencionado anteriormente, se establecen los criterios de calidad del agua de consumo, y en términos generales se refiere que esta debe ser salubre y limpia, lo que se cumple cuando esta no contenga ningún tipo de microorganismo, parásito o sustancia, en una cantidad o concentración que pueda suponer un riesgo para la salud humana, y cumpla con los requisitos específicos según lo indicado en el Anexo I de Real Decreto antes mencionado, en el cual se señalan los parámetros y valores paramétricos, tanto

²⁴⁰ Así lo señala el literal C) del artículo 7 del Real Decreto 3 de 2023, que señala que el punto de cumplimiento de los operadores de la red de distribución será la acometida.

para los componentes microbiológicos; químicos; indicadores de calidad; características organolépticas; y de sustancias radiactivas del agua.

Por otro lado, la sección 2 del Real Decreto ídem, establece lo pertinente a “*Derecho humano al agua: cantidad y acceso*”, y en sus artículos 9 y siguientes, nos habla de la cantidad de agua de consumo que se debe suministrar mínimo para asegurar que se cumplan las necesidades higiénico-sanitarias de la población; el artículo 10 nos habla de la promoción del agua de grifo; el artículo 11 del acceso al agua y población vulnerable.

Este aspecto, resulta de vital importancia pues la administración local, debe asegurar el acceso al agua de consumo para toda la población, incluyendo a aquellas personas que no tengan conexión a las redes de distribución municipal, máxime si se trata de grupos vulnerables o en riesgo de exclusión social²⁴¹

Las administraciones locales, junto con las autoridades competentes en materia de programas sociales, deberán realizar las siguientes actividades en relación con los grupos vulnerables o en riesgo de exclusión social:

“a) Identificar a las personas que no tienen acceso al agua de consumo o con acceso limitado y los motivos de la falta de acceso ya sea debido a que no tienen

²⁴¹ Para la determinación de la población vulnerable o en riesgo de exclusión social, las comunidades autónomas y las entidades locales utilizarán, al menos, los criterios de la definición de consumidor vulnerable o en riesgo de exclusión social establecidos en los artículos 3 y 4 del Real Decreto 897/2017, de 6 de octubre, por el que se regula la figura del consumidor vulnerable, el bono social y otras medidas de protección para los consumidores domésticos de energía eléctrica, teniendo la capacidad de incluir criterios adicionales de vulnerabilidad que permitan incluir a un mayor número de consumidores bajo dicha categoría.

acceso al agua de consumo por motivos económicos personales o de la administración competente;

b) Evaluar las posibilidades de mejora al acceso al agua de esas personas e informar de las mismas o sobre medios alternativos;

c) Informar sobre mecanismos de acción social a las familias con situaciones económicas por debajo del umbral de pobreza;

d) Elaborar un informe sobre la situación del acceso al agua de consumo en el municipio, identificando a dicha población, las medidas adoptadas para mejorar su acceso y fomentar su utilización. Este informe deberá remitirse al Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, en la forma y plazos que este determine en coordinación con la Federación Española de Municipios y Provincias.”

Otro punto de suma importancia para esta investigación, es el relacionado en la sección 3 del Real Decreto 3 de 2023, referente al control y vigilancia de la calidad del agua de consumo, pues como se abordó en los primeros capítulos, estas actividades hacen parte de la actividad interventora del Estado, en el que se ejerce control y vigilancia frente a lo que se regula en materia de servicios públicos.

Para el caso de Colombia, según lo previsto en el Decreto 1575 de 2007, el control de la calidad del agua de los acueductos se ejerce a través de las entidades que forman el Sistema de la Protección y Control de la Calidad de Agua para Consumo Humano, dentro de dichas entidades se encuentran el Ministerio de la Salud y Protección Social; Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible; Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio: la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios; las direcciones Departamentales, distritales y municipales de salud; los prestadores de servicios de agua; y los usuarios.

Para el caso de España, el control de la calidad del agua para consumo humano, es responsabilidad de varias entidades, entre las que encontramos algunas de nivel comunitario, nacional, otras autonómico y otro local. A nivel comunitario, la calidad de las aguas de consumo está regulado en todos los países de la Unión Europea por la Directiva 2020/2184; a nivel nacional, encontramos el Ministerio de Sanidad, quien es el responsable de establecer los estándares de calidad del agua potable en España, al respecto se cuenta con el Real Decreto 140 de 2003 *“por medio del cual se establecen los criterios sanitarios de calidad de agua de consumo humano”*, el cual fue modificado por el Decreto 314 de 2016; a nivel de las comunidades autónomas, cada comunidad tiene su propia legislación y sus entidades encargadas de controlar y regular la calidad del agua a nivel regional, para el caso de la comunidad de Cataluña, contamos con la Ley 3 de 1998, por medio de la cual se establece el marco general para la gestión del agua en Cataluña, incluyendo aspectos de calidad del agua, y el Decreto 233 de 2010, por el que se establecen los criterios de calidad del agua de consumo humano en Cataluña, y para el caso de la comunidad de Madrid, contamos con la ley 9 de 2010, mediante la cual se regula la gestión, uso y aprovechamiento de las aguas de la comunidad, incluyendo cuestiones relacionadas con la calidad del agua, adicionalmente el Decreto 104 de 2010, establece criterios sanitarios del agua para consumo humano; a nivel local, los municipios y entidades locales también tienen un papel relevante en el control de la calidad del agua en sus jurisdicciones, pues son los encargados de realizar el control de la calidad del agua, según los estándares establecidos.

Lo anterior demuestra, que la regulación y control del agua potable en España, se realiza a través de la colaboración entre varias instancias de distintos niveles de la organización del Estado, quienes dentro de sus competencias desempeñan un papel fundamental en garantizar que el agua que se lleva a los ciudadanos cumpla con los estándares de calidad establecidos. No obstante, el artículo 9 del Decreto ídem, indica que los prestadores del servicio público de acueducto en el país son los responsables del control de calidad del agua que se suministra a los usuarios, y son estos los encargados de reportar los muestreos de calidad, para las acciones de inspección, vigilancia y control que adelanta la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

Para el caso de España, encontramos varios intervinientes en los controles y vigilancia realizados, por un lado, tenemos a los operadores, quienes son los responsables del autocontrol; tenemos la vigilancia municipal, que es realizada por la administración local; tenemos control en edificios prioritarios, que es realizada por el titular del local prioritario; así mismo, vigilancia sanitaria, que es realizada por la autoridad sanitaria; vigilancia en zonas de captación realizada por la administración hidráulica. Lo que al igual que para el caso colombiano, demuestra la intervención de varias partes, a fin de asegurar la prestación del servicio en cumplimiento de los parámetros de calidad.

7.4. COMPETENCIAS LOCALES EN ESPAÑA, RESPECTO A LA REGULACIÓN DEL SERVICIO DE AGUA POTABLE.

Como se ha venido desarrollando, para tener claridad en el marco normativo de aplicación en materia de regulación del servicio público de agua, se debe tener claro

que existen competencias repartida entre el Estado, las comunidades autónomas y los entes locales, con los niveles de autonomía que estas presentan.

En este punto, debemos traer a colación la ley 7 de 1985, la cual es reguladora de las bases del régimen local en España, por medio de la cual se atribuyen ciertas competencia a las entidades locales²⁴² en miras que se garantice la autonomía constitucional de las Entidades locales, para asegurar que estas puedan intervenir cuando se evidencie que los asuntos puedan afectar directamente los intereses de las entidades locales, lo anterior en desarrollo de los principios de descentralización y de máxima proximidad de la gestión administrativa de los ciudadanos.

Frente a las competencias que la misma ley ha dado a los municipios, se señala que estos pueden promover toda clase de actividades y prestar cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad, y ejercerá competencias en otras, en materia de suministro de agua y alumbrado público; servicios de limpieza viaria, de recogida y tratamiento de residuos, alcantarillado y tratamiento de aguas residuales.

En el mismo sentido, el artículo 26 de la Ley ídem, señala que los municipios deberán prestar de forma obligatoria los servicios de alumbrado público, cementerio, recogida de residuos, limpieza viaria, abastecimiento domiciliario de

²⁴² Según el artículo 3 de la Ley 7 de 1985, son entidades locales territoriales los municipios, las provincias, y la isla en los archipiélagos balear y canario. Así mismo, Gozan de condición de entidades locales las entidades reconocidas por las Comunidades Autónomas, conforme al artículo 45 de la misma ley; las áreas metropolitanas; las mancomunidades de municipios.

agua potable, alcantarillado, acceso a los núcleos de población, pavimentación de las vías públicas y control de alimentos y bebidas.

Así pues, tenemos que el abastecimiento de agua potable domiciliaria es un servicio de titularidad municipal, el cual puede ser prestado directamente por el municipio o indirectamente por un prestador del servicio quien asume la responsabilidad de forma periódica, según las condiciones establecidas en un proceso licitatorio.

En este sentido, el artículo 26 de la Ley 7 de 1985, señala que el suministro de agua es un servicio mínimo de prestación obligatoria por parte de los ayuntamientos de cualquier municipio, independientemente del número de habitantes que tenga.

Ahora bien, como ya se estableció anteriormente, las competencias en esta materia de regulación se reparten entre el Estado, las Comunidades Autónomas y los entes locales. En el Decreto Legislativo 3 de 2003 por el cual se aprueba el texto refundido de la legislación en materia de aguas de Cataluña, el cual tiene por objeto ordenar las competencias de la Generalidad de Cataluña y de los entes locales en materia de agua y obras hidráulicas.

Concretamente, , el artículo 4 del Decreto ídem, señala las competencias de la Generalitat correspondiéndole entre otras: La planificación hidrológica en las cuencas comprendidas íntegramente en el territorio de Cataluña, La ordenación y la concesión de los recursos y los aprovechamientos hídricos en las cuencas comprendidas íntegramente en el territorio de Cataluña, La administración, la gestión y el control de calidad de los aprovechamientos hídricos correspondientes a cuencas hidrográficas situadas en el territorio de Cataluña compartidas con otras comunidades autónomas, la programación, la promoción,

la aprobación, la ejecución y la explotación de los aprovechamientos hídricos y de las obras hidráulicas que se hagan en Cataluña que no tengan la calificación legal de interés general del Estado o cuya realización no afecte a otra comunidad autónoma.

En el art 5 se fijan las competencias de los entes locales, relativas a los ámbitos siguientes:

- a) El abastecimiento de agua potable.
- b) El alcantarillado y el tratamiento de aguas residuales.
- c) El control sanitario de las aguas residuales.
- d) El ejercicio de las funciones que esta Ley les atribuye.

Para el desarrollo de estas actividades, existe la Agencia Catalana del Agua²⁴³, que es la autoridad que ejerce las competencias de la Generalidad en materia de aguas y de obras hidráulicas, y tiene entre sus funciones el control, la vigilancia, la inspección, la planificación, la autorización de la adopción de decisiones sobre el reparto y la asignación de recursos hídricos a la red Ter-Llobregat y las relaciones de colaboración con las entidades locales dirigidas en la incorporación de estas entidades al abastecimiento desde la red básica sin perjuicio de las relaciones de asistencia y colaboración que en su ámbito territorial y en ejercicio de sus funciones lleve a cabo el Ente de Abastecimiento de Agua.

²⁴³ La Agencia Catalana del Agua es una entidad de derecho público de la Generalidad de Cataluña con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar para el cumplimiento de sus funciones, que ajusta su actividad al derecho privado, con carácter general, salvo las excepciones que determina esta Ley.

A su vez, la Generalidad es la encargada de destinar los recursos hídricos disponibles que deberán gestionar para cada una de las diferentes redes básicas de abastecimiento de los municipios, lo que implica que deba adoptar las medidas para garantizar el abastecimiento de los municipios dentro de los límites y en los términos establecidos por la planificación hidrológica.

Por otro lado, también se definen en el Decreto antes señalado, las entidades locales del agua, que son entes locales o agrupación de entes locales, con personalidad jurídica propia y que cuenta con capacidades para gestionar sistemas públicos de aguas residuales y el sistema de abastecimiento de agua en alta y de suministro en baja de los municipios que lo componen.

En el mismo sentido, el Decreto legislativo ídem, en su artículo 66, señala que los municipios tienen competencias propias en materia de suministro de agua, siendo obligación de estos prestar el servicio de abastecimiento de agua potable.

Así pues, tenemos que La Generalidad, mediante la Agencia Catalana del Agua, y los entes locales, colaboran en la gestión de las instalaciones que integran las redes básicas de abastecimiento.

Para la Comunidad Autónoma de Madrid, es la Ley 17 de 1984 “*Reguladora del abastecimiento y saneamiento de agua en la Comunidad de Madrid*”, la cual indica entre las competencias de la Comunidad de Madrid, entre otras la regulación del servicio de abastecimiento de agua y saneamiento.

Ahora bien, el artículo 3 de la Ley antes señalada, indica que los servicios de distribución y alcantarillado son de competencia municipal y podrán gestionarse

mediante cualquiera de las fórmulas establecidas en la misma ley, dejando a los mismos ayuntamientos la aprobación de las tarifas y tasas de ambos servicios, dentro de los límites señalados por el Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid, quien es el ente encargado de determinar las tarifas máximas correspondientes a los distintos servicios.

Ahora bien, frente a la forma de prestación del servicio de aducción y depuración de agua, el cual incluye en abastecimiento, según lo indicado por el artículo 6 de la Ley, son responsabilidad de la Comunidad de Madrid, pero su explotación será realizada por el Canal de Isabel II²⁴⁴ en todo el territorio de la Comunidad.

Como se puede evidenciar, para el caso de España, la regulación del servicio público de abastecimiento de agua, son diferentes administraciones que tienen competencias, que van desde las previsiones constitucionales, normas estatales, pasando por la normativa autonómica, y terminan en las competencias que tienen las entidades locales.

No obstante, particularmente queremos destacar que la regulación es diferente en cada Comunidad Autónoma. Solamente a modo de ejemplo entre la Comunidad de Cataluña y de Madrid, se presentan grandes diferencias. Especialmente en la forma en que se gestiona la prestación del servicio, y que para Cataluña, existe una agencia encargada de garantizar la prestación debida del servicio por parte de los distintos prestadores, mientras que, para el caso de la Comunidad de Madrid, la

²⁴⁴ Canal de Isabel II es una empresa pública de la Comunidad de Madrid heredera de la experiencia en gestión del agua del ente público Canal de Isabel II, creado en 1851. Su forma jurídica es la de sociedad anónima con un capital social 100% público.

prestación del servicio es realizado por el Canal Isabel II, la cual es una sociedad estatal.

Lo anterior de entrada, representa para los usuarios una diferencia en la forma de gestión del servicio de abastecimiento de agua potable, pues el relacionamiento es diferente, pues para el caso de Madrid, la misma normatividad, ha asegurado que la prestación del servicio sea realizada por un único prestador en toda la Comunidad, lo que en términos económicos y de competencia, representa una gran diferencia, pues no hay competencia que busque mejorar el servicio, sino que es la misma Comunidad de Madrid la que fija los criterios del servicio, dentro de lo que se incluye la tarifa del servicio.

7.5. REGULACIÓN DEL PRECIO DEL AGUA POTABLE EN ESPAÑA.

Lo primero que debemos advertir en este punto, es que el agua al pertenecer al dominio público no tiene precio²⁴⁵, en ese sentido, lo que se paga por el suministro del agua no es propiamente el recurso, sino por todo lo que conlleva la gestión del ciclo de agua, para que pueda llegar a abastecer a la población, por lo que esta contraprestación, es determinada en primer lugar por los servicios de abastecimiento y saneamiento; y por los cánones y tasas que gravan la utilización del dominio público hidráulico o su infraestructura.

²⁴⁵ Autoridad Catalana de la Competencia, “Análisis de Competencia en el Suministro de Agua en el Ámbito Urbano”, Abril de 2022.

Como lo explica Ramon Tamames (Año 2020)²⁴⁶, el agua en España es de propiedad pública según la constitución, y el regulador es la Administración Pública, pero en este modelo de regulación descentralizado intervienen muchos reguladores municipales independiente, lo que se traduce en una regulación heterogénea, por lo que comparado con otros países se podría decir que el esquema de regulación español no es unificado, y aunque la creación de agencias reguladoras es de común uso en modelos organizativos como el del caso de España, para el servicio público de suministro de agua aún no ha ocurrido la creación de una agencia reguladora nacional.

En España, el suministro de agua potable se hace a través del régimen de servicio público, como se explicó anteriormente bajo la tutela de los Ayuntamientos, que se deben asegurar a su vez de la calidad del agua suministrada, la autosuficiencia del servicio y el establecimiento equitativo de las tarifas.²⁴⁷

En el mismo sentido se expresa esta situación en el Informe sobre la Regulación del Ciclo Urbano del Agua en España²⁴⁸, en el cual se indica que la competencia

²⁴⁶ Tamames Ramon, (2020) *“La política del agua en España (III) La regulación de los servicios de abastecimiento y saneamiento”*, artículo escrito para el Ágora, diario del Agua, artículo obtenido del link: https://www.elagoradiario.com/la-mirada-del-agua/la-regulacion-de-los-servicios-de-abastecimiento-y-saneamiento-en-espana/#_ftn1, el 03 de noviembre de 2020.

²⁴⁷ Sánchez García Victoria Eugenia, *“EL AGUA QUE BEBEMOS, La necesidad de un nuevo sistema de tarifas en España”*, Editorial Dykinson, Madrid - España, Año 2014. Página 147.

²⁴⁸ Gaya Joan, *“INFORME SOBRE LA REGULACIÓN DEL CICLO URBANO DEL AGUA EN ESPAÑA”*, Libro Verde de la Gobernanza del Agua en España, Madrid – España, Noviembre 2020, Página 4.

local de los servicios tiene un resultado previsible, y es la heterogeneidad ya sea en estructura física, diversidad de costes aplicados, o sistema de tarifas heterogéneas, aspecto último que es el más relevante para la presente investigación, teniendo en cuenta que es precisamente frente a este aspecto de regulación de tarifas en el que centramos especial atención en cuanto a su regulación.

Así pues, se logra establecer que la contraprestación económica por la prestación del servicio, no se aplica de manera simple y directa a los abonados en el servicio, pues las tasas y tarifas, tienen un componente fijo y uno variable al igual que en Colombia. El fijo es denominado cuota de servicio y el variable que se despliega por lo general en tramos de consumo según un importe unitario progresivo, la primera de estas reconoce los costes fijos de la prestación del servicio, es decir lo que representa llevar el agua del punto A al punto B para asegurar la disposición del agua en cualquier momento, lo cual no depende del consumo; mientras la parte variable, se basa en el consumo real en el periodo a cobrar, la cual para el caso de España, está representada de forma fragmentada en tramos, el cual busca penalizar los consumos excesivos.²⁴⁹

Aunado a lo anterior, resulta poco claro el procedimiento de aprobación de las tarifas. Para el caso de España, la competencia en la prestación de los servicios públicos se encuentra en las administraciones municipales mientras que la aprobación del régimen tarifario se encomendó a las comisiones de precios de las

²⁴⁹ Gaya Joan, “*INFORME SOBRE LA REGULACIÓN DEL CICLO URBANO DEL AGUA EN ESPAÑA*”, Libro Verde de la Gobernanza del Agua en España, Madrid – España, Noviembre 2020, Página 4.

respectivas Comunidades Autónomas²⁵⁰, sin embargo, debemos tener en cuenta que la función de estas comisiones está dirigida propiamente a el control de la inflación, más no a asegurar un buen gobierno del agua.²⁵¹

En concordancia con lo anterior, tenemos que en desarrollo del artículo 20.6 de Real Decreto legislativo 2/2004, añadido por la Ley 9 de 2017, se estableció que las tarifas se regulan mediante Ordenanzas, por lo que la competencia para aprobar las tarifas la ostenta las entidades locales, pero son las Comunidades Autónomas quienes, a través de las Comisiones de precios, quienes realizan informes que sirven como base para la decisión.

Así pues, tenemos que, para el caso de España, las tarifas de los servicios públicos, incluyendo el suministro de agua potable, involucra a entidades de diferentes niveles del Estado, y se regula por diversas leyes. Al respecto, el artículo 20.6 del Real Decreto Legislativo 2 de 2004, el cual fue añadido por la ley 9 de 2017, y señala lo siguiente:

“Se modifica el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, añadiéndose un nuevo apartado 6 al artículo 20, en los siguientes términos:

«6. Las contraprestaciones económicas establecidas coactivamente que se perciban por la prestación de los servicios públicos a que se refiere el apartado 4 de este artículo, realizada de forma directa mediante personificación privada o mediante gestión indirecta, tendrán la condición

250. Maestu Josefina y Del Villar Alberto, “Precios y Costes de los Servicios del Agua en España”, Ministerui de Medio Ambiente, Madrid – España, Año 2017.

251 Gaya Joan, “*INFORME SOBRE LA REGULACIÓN DEL CICLO URBANO DEL AGUA EN ESPAÑA*”, Libro Verde de la Gobernanza del Agua en España, Madrid – España, Noviembre 2020, Página 4.

de prestaciones patrimoniales de carácter público no tributario conforme a lo previsto en el artículo 31.3 de la Constitución.

En concreto, tendrán tal consideración aquellas exigidas por la explotación de obras o la prestación de servicios, en régimen de concesión, sociedades de economía mixta, entidades públicas empresariales, sociedades de capital íntegramente público y demás fórmulas de Derecho privado.

Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 103 de la Ley de Contratos del Sector Público, las contraprestaciones económicas a que se refiere este apartado se regularán mediante ordenanza. Durante el procedimiento de aprobación de dicha ordenanza las entidades locales solicitarán informe preceptivo de aquellas Administraciones Públicas a las que el ordenamiento jurídico les atribuyera alguna facultad de intervención sobre las mismas.»

Este artículo, es importante para el tema de tarifas, porque establece que estas serán reguladas mediante ordenanzas municipales, lo que otorga a las entidades locales como los ayuntamientos la competencia para aprobar las tarifas que se cobran a los usuarios por los servicios públicos, entre las que se encuentra el servicio de suministro de agua potable.

No obstante lo anterior, desde el nivel de las comunidades autónomas también se juega un papel de suma importancia a través de sus comisiones de precios, que cumplen funciones muy importantes en materia de regulación de tarifas del servicio público de suministro de agua potable, pues estas comisiones se desarrollan como entidades técnicas que participan en la evaluación y análisis de las propuestas tarifarias presentadas por las entidades locales, como los municipios o ayuntamientos.

Por ejemplo, para el caso del servicio de abastecimiento de agua en la comunidad de Cataluña, tenemos que la prestación del servicio es de competencia municipal,

es decir que se gestiona directamente por el ayuntamiento o mediante delegación a otro organismo o empresa. Las tarifas propiamente son aprobadas por este ente local, y el papel de la Comisión de Precios es autorizar los precios máximos a cobrar por el servicio, de acuerdo con el análisis técnico y económico que realizan, brindando una visión técnica y objetiva a la toma de decisiones frente a las tarifas, lo anterior en desarrollo de las competencias dadas por el Decreto 121 de 2014.

En este sentido, tenemos que el artículo 20.6 del Real Decreto Legislativo 2 de 2004, modificado por la ley 9 de 2017, muestra de forma clara, la colaboración e interacción que existe entre distintos órganos del Estado en diferentes niveles en pro de la regulación de las tarifas de servicios públicos, especialmente el de suministro de agua potable, bajo criterios técnicos y financieros que permitan tener servicios de calidad para la población en general.

Para Sánchez García²⁵², la fijación de tarifas debe obedecer a una serie de criterios y objetivos, que buscan reflejar no solo una estructura acorde a los precios, sino que muestra la agregación de conceptos y exacciones fiscales, en busca de ciertos objetivos. Entre los objetivos que se buscan con el establecimiento de una tarifa, se encuentra en primer lugar, la asignación de los recursos lo más perfectamente posible, por lo que los precios deberán ser asignados siguiendo la regla de que sean iguales al coste marginal, por lo que los precios deben reflejar todos los costes en que incurre el prestador del servicio para suministrar el bien o servicio; el segundo

252. Sánchez García Victoria Eugenia, “*EL AGUA QUE BEBEMOS, La necesidad de un nuevo sistema de tarifas en España*”, Editorial Dykinson, Madrid - España, Año 2014. Página 147.

objetivo, se refiere a la forma de reparto, pues al ser un elemento indispensable para la vida humana deben primar principios como el de la equidad por encima de los principios que rigen la eficiencia en la utilización de los recursos productivos; el tercer objetivo, se encamina a que el régimen tarifario, tenga dos marcos diferenciales, donde por un lado se encuentran los países en vía de desarrollo que deben impulsar el crecimiento del producto, y los países desarrollados deberán encontrar cada vez mayor eficiencia en los procesos productivos; el cuarto objetivo, es que los sistemas tarifarios apunten a suplir las demandas sociales que van surgiendo con el tiempo, como lo es la demanda medioambiental en pro de evitar el desperdicio de recursos escasos.

Ferro y Lentini²⁵³, por su parte, indican que el servicio de agua potable al ser promovido a través de redes tan costosas, que constituyen monopolios naturales, hace que los objetivos principales de estas tarifas se centren en la sustentabilidad, la eficiencia, y la equidad en el acceso, aunque existen otros objetivos, consideran ellos que estos pueden tomarse como subordinados.

Frente a la sustentabilidad económica, indican que se refiere a la recuperación de costos por parte del operador en determinado periodo; por otro lado, al establecer metas de cobertura de costos en determinado periodo de tiempo se habla de estabilidad financiera, distinción que resulta importante establecer en etapas de

²⁵³ Ferro Gustavo y Lentini Emilio, (2013) “*Políticas tarifarias para el logro de los objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM): Situación actual y tendencias Regionales recientes*”, documento preparado por la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), ejecutado en conjunto con el Ministerio de Asuntos Exteriores de Francia. Santiago de Chile.

expansión o mejoramiento del servicio que requiere fuertes desembolsos de capital en periodos concentrados.

Frente a la eficiencia, los autores indican que se puede ver desde varios ángulos, desde la asignación y desde la producción, la primera de ellas se refiere a la alineación de los precios con los costos marginales de producción, lo que corresponde a que el cargo por volumen debe ser igual al costo marginal de agregar un metro cubico adicional de agua potable a la red y de distribuirlo al consumidor; mientras que la eficiencia en la producción se refiere a la prestación al menor costo económico por unidad de producto, por lo que la minimización de costos se convierte en un objetivo vinculado a la conservación de los recursos. así pues, si las tarifas son muy bajas en relación con los costos, se promueve el despilfarro del bien, y ejerce presión sobre el recurso, a la vez que puede generarse un exceso de capacidad porque el prestador al momento de planificar podría hacerlo sobre una demanda ficticia una necesidad inexistente; por lo contrario, precios elevados causan que el recurso no se use generando capacidades excedentes por parte del prestador, y haciendo que se excluyan consumidores.

El concepto de equidad en el servicio es visto desde dos dimensiones, una horizontal y otra vertical, la primera de ellas implica cobrar tarifas parecidas a medibles a usuarios comparables; mientras que la equidad vertical tiene como fin hacer exequible el servicio a las personas con menores recursos, por lo que para este caso se presentan diferentes categorías de consumidores que tienen trato diferenciado entre ellos.

Para Ferro y Lentini²⁵⁴, *“El primer concepto se vincula con un criterio de imposición llamado “principio del beneficio”, el cual es una tradición de las finanzas públicas, en donde por un servicio o bien público se cobra a los usuarios la contrapartida del beneficio que reciben. La concepción de equidad vertical, en cambio, tiene que ver con otro principio de finanzas públicas, el de la “capacidad de pago”. Se incluye en el primer concepto que los consumidores paguen facturas proporcionales a los costos que ellos imponen a la empresa por su uso de los servicios. En tanto, cobrarle a un colectivo de consumidores un precio menor que el costo de su respectiva provisión, compensando la pérdida de recaudación por sobrecargos a otros clientes por sobre su propio costo de provisión, implica un subsidio cruzado, de los segundos a los primeros.”*.²⁵⁵

Siguiendo estos objetivos, se puede llegar a la construcción de un régimen tarifario, entendido como la tarifa cuyo resultado es la cuenta por el servicio prestado a los consumidores, lo que, aunado a otros criterios como la simplicidad, la minimización de controversias, la estabilidad en el tiempo, la imparcialidad en la asignación de

²⁵⁴ Ferro Gustavo y Lentini Emilio, (2013) *“Políticas tarifarias para el logro de los objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM): Situación actual y tendencias Regionales recientes”*, documento preparado por la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), ejecutado en conjunto con el Ministerio de Asuntos Exteriores de Francia. Santiago de Chile. Pagina 13.

²⁵⁵ Ferro Gustavo y Lentini Emilio, (2013) *“Políticas tarifarias para el logro de los objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM): Situación actual y tendencias Regionales recientes”*, documento preparado por la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), ejecutado en conjunto con el Ministerio de Asuntos Exteriores de Francia. Santiago de Chile.

costos totales, y evitar la arbitraria discriminación de precios, nos llevan a una tarifa que debe ser fácilmente comprendida por los clientes.

Cuando nos referimos al sistema de tarificación del servicio urbano del agua, el sistema se plasma básicamente en la tarifa de abastecimiento y en la tasa de saneamiento. En desarrollo de los objetivos antes vistos, se pueden construir una gran número de estructuras tarifarias, que podrán variar dependiendo del número de la población atendida, entre estas Sáenz de Miera²⁵⁶, señala que se pueden encontrar sistemas de tarifas planas independientes del volumen consumido, sistema que se puede observar por lo general en municipios con poblaciones muy reducidas; también se encuentran, los sistemas tarifarios volumétricos lineales en función del volumen consumido; aunados a estos, se pueden encontrar los sistemas con cuota fija y tarifas en bloque crecientes de consumo; o se puede encontrar el mismo sistema anterior, pero con discriminación entre los distintos tipos de usuarios que se puedan encontrar, sistema que se encuentra en las ciudades con grandes núcleos de población. Estas tarifas, se pueden ver acompañadas adicionalmente por el cobro de otros conceptos, o cánones que pueden ser cobrados por los municipios para sufragar los gastos de las inversiones en que se incurrió para llevar el servicio a determinado lugar.

²⁵⁶ Sáenz De Miera Gonzalo, "*SISTEMAS TARIFARIOS DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DEL AGUA*", Escuela de Negocios de la Universidad Autónoma de Madrid, año 2006.

Ahora bien, según la explicación dada por Sáenz de Miera²⁵⁷, cuando se trata de sistemas tarifarios volumétricos, se calcula el coste total del servicio para ese año, el cual está compuesto por el coste del agua, las amortizaciones y los gastos de funcionamiento; cuando se trata de tarifas lineales, se divide el costo entre el volumen estimado de m³ a facturar y de allí se tiene la tarifa por metro cubico abastecido; cuando se trata de sistemas de cuota fija y tarifa variable, este se calcula como el cociente resultante entre el coste total de los gastos fijos y el número de usuarios del servicio, lo que proporciona una cuota media que se aplica a cada usuario; en la parte variable, se divide la parte del coste total entre una estimación de los metros cúbicos a facturar.

Para el caso español, la factura del agua incluye varios conceptos, tanto el servicio de suministro de agua como los servicios de saneamiento y posterior disposición de aguas residuales. Pero en términos generales, para las ciudades de España, hay una tarifa fija y una variable, en la primera de estas se incluye los relacionado con la cuota del servicio, la cuota del servicio con consumo mínimo, cuota de mantenimiento, el contador de agua y otros recargos adicionales; mientras que la tarifa variable por su parte comprende la cuota de consumo y canon.

Sánchez García²⁵⁸, nos indica en España cuales son los componentes de la factura, señalando en primer lugar que la cuota fija o de servicio (€/mes), es un importe fijo

²⁵⁷ Sáenz De Miera Gonzalo, "*SISTEMAS TARIFARIOS DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DEL AGUA*", Escuela de Negocios de la Universidad Autónoma de Madrid, año 2006. Página 5.

²⁵⁸ Sánchez García Victoria Eugenia, "*EL AGUA QUE BEBEMOS, La necesidad de un nuevo sistema de tarifas en España*", Editorial Dykinson, Madrid - España, Año 2014. Página 173.

que tiene como fin solventar los gastos que conllevan que el prestador pueda cumplir con la disponibilidad del servicio para el usuario de abastecimiento y saneamiento del agua. Esta cuota puede variar dependiendo el tipo de uso que se le dé al agua, como por ejemplo que sea industrial o doméstico. Frente a la cuota variable de consumo (€/mes), esta tarifa se aplica respecto al agua consumida, que dependiendo del sistema tarifario utilizado puede ser la misma para cualquier consumo, o incrementarse según la estructura por bloques de consumo, lo que quiere decir, por ejemplo, que los primeros m³ de agua consumida se pagan a un precio, y cuando se pase el límite de dicho bloque el valor del consumo aumenta. La cuota de mantenimiento y conservación del contador (€/mes), en este caso se aplica una tarifa fija según el calibre del medidor, aunque cabe la posibilidad de que el usuario instale su propio contador, caso en el cual no se cobrara esta tarifa, pero será responsabilidad del usuario el mantenimiento y conservación del contador. El canon de saneamiento y/o abastecimiento (€/mes o €/m³), se trata de ingresos destinados a la administración, como los que aplica la Generalitat de Cataluña o la Comunidad de Valencia.

En España, adicionalmente a los anteriores conceptos, se debe tener en cuenta la tarifa del servicio de distribución de agua urbana, que se establece como tasas que son cobradas por las entidades locales en función de la regulación y organización del servicio, para que este sea realizado a través de las redes urbanas, es decir que, si se recibe el beneficio de recibir el servicio, nace la obligación de pago.

Adicionalmente, dentro del cálculo del “precio del agua”, se deben tener en cuenta otros factores como el del servicio de alcantarillado que es de competencia municipal, quien por cuya prestación puede exigirse la satisfacción de una tasa, por lo que para el caso español la tasa de alcantarillado es generada y aprobada por el pleno municipal, lo que conlleva a que la aplicación de este concepto no tenga un carácter uniforme. Esta tasa, se cobra básicamente por el servicio de excretas, aguas pluviales, aguas negras y residuales que es prestado por el alcantarillado municipal, y al igual que en el caso de distribución del agua, la obligatoriedad de su pago nace al recibir el servicio. Al igual que para el caso del suministro de agua, esta tasa de alcantarillado puede constituirse de diferentes formas, como por cantidad dispuesta o consumida, por bloques, entre otras posibilidades.

Adicionalmente, existe el canon de saneamiento, esto debido a que el artículo 113 de la Ley de Aguas, señala que los vertidos al Domicio público hidráulico estarán gravados con una tasa destinada al estudio, control, protección y mejora del medio receptor de cada cuenca hidrográfica, que se denomina canon de control de vertidos, que es independiente a los cánones a tasas que puede cobrar las comunidades autónomas o Corporaciones Locales para financiar las obras de saneamiento y depuración, gravando a quienes realicen vertimientos al dominio público hidráulico.

En este sentido, y de forma amplia, podemos concluir que cuando nos referimos al precio del agua, hacemos referencia al importe global o marginal que deben pagar los usuarios por recibir todos los servicios relacionados con el agua, entre los que se incluyen aspectos antes mencionados, como la distribución del agua, el

tratamiento de aguas residuales, su disposición final, el aspecto ambiental, entre otros.

No obstante, es importante tener en cuenta que en España se pueden presentar diferencias entre el valor cobrado por los diferentes servicios, pero esto obedece a múltiples razones, como la disponibilidad, la calidad, la proximidad de los recursos hídricos, y los procesos que técnicamente pueden tornarse muy diversos dependiendo la situación geográfica en donde se encuentren, con la finalidad de llevar agua potable a la población y su posterior depuración.

En este sentido, las estructuras tarifarias se tienen como el conjunto de conceptos que sirven para calcular el monto que los consumidores deben pagar por poder acceder al servicio en condiciones óptimas y constantes, y poder consumirlo en cumplimiento de estándares de calidad.

Las estructuras tarifarias que son creadas para el uso doméstico del agua persiguen principalmente dos fines: el primero de ellos es obtener los ingresos suficientes que se previeron tener para recuperar los costos en los que las empresas prestadoras del servicio de suministro de agua deben incurrir para poder proveer el agua para su consumo. El otro de los fines al que las estructuras tarifarias deberían apuntar, tiene que ver con la utilización y conservación del recurso, es decir la sostenibilidad del recurso, generando en la población que lo consume que se tenga conciencia en la racionalización del recurso agua que es tan importante, en desarrollo de este fin, se espera no solo pagar más por consumir más, sino que por cada unidad adicional que se utilice se pague más, como con el sistema de bloques de agua, donde el precio de unidad de agua va aumentando dependiendo el bloque de consumo en

que nos encontremos, entre más bloques utilicemos, mayor es el valor que voy a pagar, esto causara que los consumidores, hagan un uso más consciente y racional, coadyuvando a los fines de sostenibilidad ambiental que los estados deben proponerse.

Frente a las políticas de precios, *Alberto del Villar García*²⁵⁹, indica que hay unos principios que se deben cumplir en esta materia, y que además son aceptado por organismos oficiales como la OCDE, o la ONU. Por su parte, la Comisión Europea, resalta la necesidad de aplicar sistemas tarifarios que promuevan la recuperación de los costes del servicio y un mejor uso de los recursos hídricos, lo que se puede lograr recabando la mayor información posible y lo más precisa respecto a todos los elementos que podrían llegar a afectar la oferta y la demanda de los servicios, identificando los costes y beneficios que permiten determinar las estructuras de precios más adecuadas, de esta forma el cálculo de la estructura tarifaria se podrá realizar basados en los consumos y costes más acercados a la realidad, evitando distorsiones en los precios para que se cobre lo justo y no más o menos, pues esto puede generar o estimular consumos excesivos, transmitiendo a los consumidores señales erróneas frente al servicio.

Como se señaló anteriormente, la naturaleza de estos servicios no es uniforme o única, son muchas las figuras o conceptos que pueden causar que el precio del servicio de suministro de agua varíe significativamente entre ciudades. Ahora bien,

²⁵⁹ García Alberto del Villar, (2009), “LOS OBJETIVOS DE LA POLÍTICA DE PRECIOS DE LOS SERVICIOS DEL AGUA EN EL MARCO SOCIAL ACTUAL”, Revista Andaluza de Ciencias Sociales – Anduli, No. 8 de 2009, páginas 121 a 134. España.

son muchos los estudios que se pueden encontrar respecto al precio del Agua, uno de los encontrados con fecha más reciente, es el realizado el 25 de noviembre de 2020 por la organización de consumidores OCU, que se registra como una de las organizaciones más grande de España, que desde hace más de 11 años viene registrando y contrastando el precio del agua de distribución en este país.

En dicho estudio, como ya menciono anteriormente, se indica que cada municipio es el encargado de sus tarifas y fija sus tasas, lo que conlleva a la creación de tarifas que no están diseñadas para incentivar el uso racional de los recursos. Para el caso español, la prestación del servicio es responsabilidad de los ayuntamientos, aunque estos pueden delegar o compartir la gestión del servicio con empresas de naturaleza privada, que se vuelven los encargados de fijar la estructura de las tarifas y los precios que se van a cobrar a los usuarios.

Para esta investigación, OCU recolectó la información de los precios vigentes en octubre de 2020 en más de 50 capitales de provincia, Vigo, Gijón y las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, evidenciando una gran diferencia en el precio que se cobra por el suministro, que no siempre es justificable por las dificultades o las distancias para obtener el recurso, concluyendo a groso modo, que el servicio de agua en Murcia es un 254% más cara que en Palencia, esto tomando como base la factura de un hogar con un consumo medio de 175 m^3 , donde en la primera ciudad se pagaría en promedio 552 euros al año, mientras que en la segunda se pagarán 157 euros al año, por haber consumido la misma cantidad de agua. estas diferencias tan grandes, se pueden deber a muchas razones, como las dificultades del abastecimiento, o porque en algunas regiones se cobran conceptos dentro de los

recibos que en otras ciudades no existen, como los cobros por los contadores de agua.

A continuación, relaciono una tabla de precios de agua en España que fue creada por OCU:

Precio del agua por ciudades

	Factura de 15 m ³ (€/año)	Precio m ³ (todo incluido)
PALENCIA	156,66	0,9
ORENSE	161,59	0,92
GUADALAJARA	164,26	0,94
SORIA	174,84	1
MELILLA	182	1,04
LEÓN	193,99	1,11
LUGO	197,87	1,13
ÁVILA	199,02	1,14
SAN SEBASTIÁN	199,75	1,14
BURGOS	204,1	1,17
VITORIA	215,22	1,23
CASTELLÓN	224,2	1,28
VALLADOLID	226,85	1,3
PAMPLONA	240,11	1,37
LOGROÑO	242,64	1,39
PONTEVEDRA	242,83	1,39
LA CORUÑA	245,39	1,4
VIGO	247,11	1,41
SALAMANCA	249,72	1,43
MADRID	252,52	1,44
CIUDAD REAL	255,66	1,46
TOLEDO	255,87	1,46
ZAMORA	263,37	1,5
CUENCA	271,55	1,55
ZARAGOZA	285,39	1,63
HUESCA	286,1	1,63
GIJÓN	288,57	1,65
BADAJOS	295,58	1,69

	Factura de 15 m ³ (€/año)	Precio m ³ (todo incluido)
GERONA	296,17	1,69
OVIEDO	308,81	1,76
SANTANDER	310,27	1,77
CEUTA	311,84	1,78
CÁCERES	316,23	1,81
TERUEL	322,3	1,84
MÁLAGA	323,8	1,85
ALBACETE	328,59	1,88
BILBAO	332,97	1,9
SANTA CRUZ DE TENERIFE	336,85	1,92
JAÉN	337,76	1,93
ALMERÍA	351,79	2,01
CÓRDOBA	357,57	2,04
LAS PALMAS DE GRAN CANARIA	373,5	2,13
GRANADA	374,36	2,14
VALENCIA	376,03	2,15
LÉRIDA	389,33	2,22
SEVILLA	399,34	2,28
SEGOVIA	410,96	2,35
TARRAGONA	425,66	2,43
CÁDIZ	430,58	2,46
HUELVA	449,04	2,57
PALMA	459,89	2,63
ALICANTE	460,93	2,63
BARCELONA	502,43	2,87
MURCIA	552,34	3,16
MEDIAS	301,15	1,74

Como se puede observar, el precio del agua puede obedecer a diferentes razones, dependiendo de la estructura tarifaria que se haya diseñado. El problema que se observa, en el caso español, es que el hecho de la multiplicidad de mecanismos tarifarios o formulas tarifarias, han llevado a que no en todos los casos se alcancen los fines de la tarifa, como lo con recuperar los costos de abastecimiento, y sobre todo alcanzar o promover que el consumo del agua sea realice de manera

sostenible y responsable, desincentivando el uso inadecuado de un recurso tan importante que es considerado de primera necesidad y un derecho. Adicionalmente, el hecho de que cada ayuntamiento, sea el encargado de diseñar el modelo tarifario y el precio a cobrar por el suministro, podría generar desigualdades frente a lo que dos personas podrían pagar por consumir la misma cantidad de agua, en ciudades que, aunque diferentes, parecidas respecto a las facilidades para abastecerse de agua.

Para el caso concreto de Cataluña, el precio del servicio de suministro de agua está conformado por los conceptos de tarifa de suministro de agua, tasa de alcantarillado, y el canon de agua autonómico, lo que sumado comprende el valor que debe pagar el usuario final del servicio

Así pues, de todo lo anteriormente expuesto, se logra observar que el querer de la normatividad, es que el servicio sea gestionado desde las autoridades locales, aunque esto con el tiempo ha generado que se presente heterogeneidad, pues no existe un ente regulador especializado a nivel nacional, por lo que la labor de regulación del servicio de agua, resulta estar muy dividido, por un lado tenemos a las comisiones de precios, en temas de inflación de las tarifas, pero por otro lado tenemos a las actividades de saneamiento, que por lo general son reguladas por las juntas de saneamiento, por lo que la gestión en conjunto de las actuaciones que permiten poner un servicio a disposición de los usuarios, se ve dividida en varias instancias, que no siempre resultan tener el nivel de especialización, para que el servicio sea prestamos con altos estándares de calidad, esto teniendo en cuenta que para una debida gestión del ciclo total del agua, se requieren conocimientos

técnicos y económicos que demuestren a ciencia cierta cual es la realidad del servicio, lo que supone constantemente estar haciendo seguimiento al mercado, para que basados en evidencia y la experiencia se puedan tomar las mejores decisiones, disminuyendo en cada proceso los errores que pueda cometer el regulador.

Por lo anterior, se tiene como objetivo de la regulación, que a la misma se le dé un tratamiento unitario que regule de forma homogénea el servicio en todo el Estado Español, de esta forma, los criterios de la regulación van a seguir más fácilmente los fines que el Estado busque con la regulación, como que se den ciertos estándares de calidad, que la prestación sea universal, que se disminuyan brechas de prestación, que se tengan los mismos criterios de ahorro del agua, que se logre la sostenibilidad financiera, sostenibilidad ambiental, entre otros criterios que se deben establecer, lo que conlleva a mejoras en la prestación del servicio para todos los usuarios.

Sin embargo, no se puede desconocer, que esta laborar ha venido siendo desarrollada ya desde hace varios por las administraciones locales, por lo que de ser necesaria una nueva implementación de un órgano nacional que haga esta regulación del ciclo del Agua, este no podrá desconocer de plano la labor desarrollada desde a estas administraciones locales, por lo que se vuelve de alguna forma necesaria que la solución dada encuentre un punto intermedio. En mi consideración, el órgano de nivel nacional, debería fijar todos los criterios generales de regulación en el ciclo general del agua incluyendo su precio, y los fines que se deben alcanzar por medio de la tarifa, pero debido a la cercanía con la población

estas administraciones locales, deberían preocuparse por ejercer las funciones de Inspección, Vigilancia y control de la regulación, para asegurar en sitio, que la regulación efectivamente está consiguiendo el objetivo encomendado, ya sea en términos de calidad, financiero, de cobertura, entre otros.

En este sentido, resulta importante hacer mención, a la remunicipalización, que surge como un cambio presente en la actualidad en varios ayuntamientos de España.

7.6. REMUNICIPILIZACIÓN DEL SERVICIO DE ABASTECIMIENTO DE AGUA.

Lo primero que se debe explicar en este punto, es ¿qué es la municipalización?, y esta consiste básicamente en la forma en que se decide realizar la gestión del servicio público, donde se presta directamente por los municipios, sin que se externalice en una empresa privada. Ahora bien, el hecho de que se opte por una u otra modalidad tiene repercusiones desde la óptica de la competencia, pues la gestión directa cierra el mercado excluyendo la competencia, aunque esta no es muy común, cuando hablamos de servicios públicos como el de agua potable, por las razones que ya se expusieron anteriormente.

En palabras de León Miguel (2019)²⁶⁰, el concepto de municipalización fue utilizado para describir el papel activo de los municipios en la vida económica, entrando a gestionar directamente la prestación de los servicios públicos, o cualquier otro

²⁶⁰ León Miguel, “*El procedimiento para la remunicipalización de servicios públicos, A propósito de los artículos 85 y 86 LRBRL*” Revista Estudios de la Administración Local y Autonómica, Número 12, 19 de septiembre de 2019.

servicio que sea de su competencia, reportando a los usuarios condiciones más ventajosas que las que podría brindar la prestación indirecta por un privado.

En España, el 55% del abastecimiento de agua se encuentra en manos privadas, según lo reportado por la Asociación Española de Operadores Públicos de Abastecimiento y Saneamiento (AEOPAS)²⁶¹, aunque según lo establecido en capítulos anteriores, podría parecer que optar por la gestión indirecta privada sería mejor porque conlleva mayores grados de competencia, esta no siempre resulta favorable, pues las visiones de gestión de un ente privado, frente a la visión de un ente local público, puede diferir en el análisis individual de las necesidades de la población, pues mientras uno puede estar pensando en la eficiencia financiera, el otro está pensando por ejemplo en mejorar la calidad del agua o su distribución.

En todo caso, según lo establecido en el Artículo 85.2 de la Ley 7 de 1985, Reguladora de las Bases del Régimen Local, los ayuntamientos al momento de optar por prestar el servicio directamente, deberán analizar y acreditar si esta forma de prestación del servicio es la más eficiente y sostenible en términos económicos, ambientales y financieros.

Pese a que en la normatividad es posible que el servicio se preste de forma directa o indirecta, en los últimos años en España, viene creciendo un modelo conocido como estrategias de “remunicipalización”, del servicio de suministro de agua, donde se considera que la gestión del Agua debe estar alejada de los mecanismos

²⁶¹ Domínguez Dani, “La Privatización del Agua: la hipoteca que están pagando los municipios”, 20 de julio de 2022.

mercantiles tradicionales, retomando desde el ámbito público la prestación de servicios que anteriormente habían sido privatizados.

Lo anterior, encuentra su justificación en la demostración de que no todo servicio externalizado o prestado de forma indirecta genera los beneficios esperados, es decir porque se comprueba que no se ha prestado un servicio, económico, eficiente financiero y ambientalmente, y de calidad, debido a los manejos indebidos de los encargados²⁶².

Es importante aclarar, que, aunque varios Ayuntamientos han recuperado la gestión directa de la prestación de los servicios, este proceso no resulta fácil, pues por lo general la privatización está blindada por concesiones que protegen al prestador y que pueden durar entre 20 y 30 años, lo que genera cierto tipo de barreras para que esta voluntad política de remunicipalización sea exitosa. Otra de las barreras que se evidencian, está relacionada con la financiación, pues en muchos casos las arcas municipales no tienen los recursos para realizar directamente la prestación del servicio, por lo que se ven obligadas a entregar la prestación a terceros.

Según lo expuesto por Bibiano Luis (2016), muchos ayuntamientos ante la imposibilidad de rescatar concesiones, debido a las barreras antes expuestas, reclaman una guía para controlar a la empresa concesionaria, pues se advierte en algunos casos una gran laxitud en el control de los servicios, lo que, aunado a la

²⁶² Villoria Manuel, Navarro Carmen y Pano Esther, “*La Remunicipalización de la gestión del agua en España: barreras legales frente a narrativas exitosas*”, Revista CLAD Reforma y Democracia, Numero 76, 2020.

falta de personal calificado en los ayuntamientos para realizar auditorías a las empresas prestadoras, genera bajos controles en el servicio.²⁶³

Es importante anotar, que este movimiento de remunicipalización, en la actualidad encuentra un claro respaldo en las fuerzas políticas de izquierda, y encuentra un gran respaldo de muchos sectores de la sociedad, que señalan el ineficiente actuar de la prestación privada, y defienden las bondades de la gestión pública, pero el debate no tiene que ser dado en este ámbito, pues existe un alto componente técnico, donde de fondo lo que se debe definir para saber qué estrategia utilizar, es saber los beneficios que a corto, mediano y largo plazo se generan para los usuarios.

Como se explicó en capítulos anteriores, las razones para la regulación de un servicio público tan importante, debe escapar de cualquier consideración política, por lo que las decisiones deben ser técnicas, no solo en determinar quién presta el servicio más barato para el usuario, sino en determinar quién presta un servicio, que sea sostenible ambiental y financieramente a corto, mediano y largo plazo.

Como se evidencio de la normatividad citada en este capítulo, es posible que los ayuntamientos opten por la prestación directa o indirecta de los servicios públicos, por lo que esta discusión se debe llevar en términos de eficiencia.

Ahora bien, frente a las problemáticas advertidas con anterioridad, un modelo de Comisiones de Regulación a nivel nacional, como el que funciona en Colombia, puede ser de gran ayuda a las problemáticas presentadas cuando la prestación es

²⁶³ Bibiano Luis, “Remunicipalización: la difícil recuperación pública de la gestión del agua”, Revista Nuevo Regadío - IAGUA. Abril 2016.

realizada directa o indirectamente, pues si este organismo se dota de las competencias suficientes como órgano técnico, podrá entrar a fijar los estándares a cumplir por parte de los prestadores de servicios, para determinar si efectivamente la prestación se está haciendo en debida forma, y aún, cuando la prestación se haga directamente, la Comisión de Regulación, podría servir para que a nivel nacional, se fijen criterios, para que los ayuntamientos estandaricen la prestación de los servicios, y se determine el modelo financiero aplicable para determinar cuándo es preferible alguno de los modelos de prestación, teniendo siempre como finalidad, que la tarifa de agua, no puede ser fijada por criterios políticos, sino técnicos, fijando las verdaderas necesidades de la población, como la protección del recurso. Frente a mi propuesta concreta de regulación de tarifas de agua para el caso español, esta será expuesta a continuación, dentro de las conclusiones de la presente investigación.

Todo lo descrito en los capítulos anteriores, nos lleva a establecer unas diferencias claras entre el sistema de regulación colombiano y español. Para el caso de España, tenemos las siguientes características, el servicio de distribución de agua potable es gestionado por entidades públicas o empresas mixtas de nivel municipal o autonómico; la gestión del agua potable está descentralizada y regulada a nivel autonómico y local, dando a estos organismos la capacidad de establecer su propia legislación y regulaciones en lo que respecta a este servicio público, lo que conlleva a cierta variación de criterios en todo el país; como se mencionó anteriormente, algunas comunidades autónomas existen empresas específicas encargadas de la gestión de regulación del agua, como el caso del “Canal de Isabel II” en la

comunidad de Madrid y la “Agencia Catalana de Agua”, para el caso de la comunidad de Cataluña, lo que permite un enfoque igualitario para toda la comunidad; en cuanto a las tarifas de los servicios, como vimos, estos son definidos por los organismos locales como los ayuntamientos, y aprobados o autorizados por las comisiones de precios, lo que conlleva a que la forma de calcular la tarifa puede variar según la entidad reguladora y la comunidad autónoma.

Para el caso Colombiano, el servicio de distribución de agua potable está regulado por un marco normativo nacional, si bien, también existe una colaboración entre varios organismos del Estado, como el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio que es el encargado de establecer las políticas generales para la prestación de los servicios públicos, o la superintendencia encargada de inspeccionar, controlar y vigilar la prestación de los servicios públicos domiciliarios, lo cierto es que hay una Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, que se encarga de fijar las tarifas que deben cobrar los prestadores de servicios públicos. Al igual que en España, la prestación del servicio puede ser realizada directamente por los municipios, o puede ser realizada por un tercero.

Para ambos países, las tarifas de agua potable tienden a ser estructuradas o diseñadas de manera que protejan a los usuarios residenciales de bajos ingresos tengan tarifas diferenciales en comparación con usuarios de altos estratos o comerciales e industriales, sin dejar de lado, que se deben fundamentar las decisiones en criterios técnicos que permitan transparencia en la fijación de tarifas y la garantía de la calidad del agua, impulsando un servicio público de calidad y

accesible, máxime si reconocemos la importancia social que se le da a este tema en el marco constitucional de los dos países.

CAPÍTULO 8. CONCLUSIONES.

En el transcurso de esta investigación, se exploró la regulación del servicio público de distribución de agua potables en Colombia y en España, desde la perspectiva en cómo el Estado desde la función de intervención, actúa para garantizar el suministro de un servicio público tan importante, el cual por sus características reviste una regulación técnica y objetiva. Los resultados obtenidos, arrojan las oportunidades que en materia de regulación del servicio de abastecimiento de agua potable debería asumir España, teniendo como modelo la experiencia de Comisión de Regulación de Colombia. A continuación, presentamos las siguientes conclusiones claves:

1. La teoría económica liberal, aboga por un papel limitado del gobierno en la economía, sin embargo, esta perspectiva no implica una ausencia total de regulación, por lo contrario, sugiere que la regulación debe ser limitada, enfocada y diseñada de manera que redunde en beneficios para los sectores que se estén regulando.
2. La división de poderes es clave en la regulación de servicios públicos, pues al tener clara la división de funciones entre cada una de las ramas, se evita la concentración excesiva de autoridad en una sola entidad o individuo, por

lo que ninguna parte tendrá un control absoluto sobre las decisiones regulatorias del servicio, evitando que se puedan favorecer intereses privados en detrimento del interés público.

3. La desconcentración y descentralización administrativa son dos conceptos fundamentales en la estructura y funcionamiento de la administración pública, logran distribuir autoridad y responsabilidad de manera eficiente para lograr una regulación efectiva de los servicios públicos. Por su parte la desconcentración implica, la redistribución de competencia dentro de una misma entidad administrativa, pero manteniendo autoridad central. Por su parte la descentralización, en este contexto de servicios públicos, implica la transferencia de autoridad y competencias desde la entidad administrativa central hacia entidades locales o regionales, siendo responsabilidad de estas la toma de decisiones frente a la regulación de los servicios.

4. El servicio público de distribución o suministro de agua potable se constituye como un monopolio natural debido a sus características, de términos de subaditividad, y costos de infraestructura y eficiencia económica, que causan costos iniciales altos, que se vuelven prohibitivos y poco atractivos para que exista competencia. De allí, surge la necesidad de que el Estado intervenga para regular este servicio, tarea de suma importancia para asegurar que el recurso hídrico sea protegido y que la prestación del servicio sea proporcionada de manera eficiente, asequible y de alta calidad, por lo cual el

Estado realiza actividades como la fijación de tarifas, para que el prestador no abuse de su posición de monopolista natural.

5. Para el caso español, se presenta lo que para mí es una ventaja, pues el sistema de regulación utilizado presenta mayor flexibilización, debido a que al estar descentralizado, y ser competencia de las comunidades autónomas y autoridades locales, permite que se adapten mucho más rápidamente a los cambios que requiera la prestación del servicio según las necesidades del sector, lo que resulta de gran importancia cuando se presentan emergencias climáticas, permitiendo a los entes locales aborden las contingencias con medidas específicas a la necesidad de la región.
6. Aunque los dos sistemas contemplan la participación ciudadana como parte de la regulación, para el caso español, al tratarse de un modelo descentralizado permite una participación más activa de las comunidades en la gestión del agua, pues al ser tomadas las decisiones directamente por los entes locales, se facilita la inclusión de los ciudadanos en la toma de decisiones consideradas importantes, así como en la planeación del recurso, aportando en gran medida a la comprensión de las necesidades locales. Este aspecto, aunque también se evidencia en el sistema colombiano, al ser una regulación a nivel centralizado, hace que el sector central, no tenga una participación tan directa con los ciudadanos, sobre todo los de las partes más alejadas del centro de Colombia.
7. El sistema español, presenta una gran desventaja frente al sistema colombiano, y es la falta de uniformidad del manejo del recurso hídrico, esto debido a que las comunidades al ser autónomas en sus decisiones pueden

generar a la falta de coherencia en las políticas y regulaciones del país. Ejemplos claros de esta falta de uniformidad son por ejemplo: diferencias en tarifas, las cuales varían significativamente entre regiones dependiendo los planes de cada una de las autoridades locales y de las comunidades autónomas; diferencias en la política de conservación del agua, donde algunas regiones establecen sus políticas de conservación, dependiendo las necesidades del gobierno de turno, sin tener en cuenta que el recurso pertenece a todo el país, y todos deberían cuidarlo y promover su uso eficiente; planes de emergencia, dependiendo las circunstancias locales estas pueden variar respecto a las medidas a implementar en momentos de sequía, los criterios de sostenibilidad pueden diferir para uno y otros; incentivos y subsidios, cada comunidad puede implementar sus propios incentivos y subsidios para promover el uso eficiente del agua, no obstante estos pueden variar respecto a su magnitud y enfoque, dependiendo las decisiones de quienes se encuentren en cada uno de los gobiernos locales, sin garantía de que sean lo más objetivos y técnicos en el tema.

8. Otra desventaja que se evidencia del sistema español, está relacionado con las inequidades que se generan a causa del modelo descentralizado, los cuales pueden resultar en desigualdades en el acceso y a la calidad del servicio, pues aquellas con menos recursos y capacidad administrativa, podrían enfrentar mayores retos al momento de llevar el servicio a los hogares de los ciudadanos, mientras que las comunidades con mayores recursos pueden invertir en remodelación de infraestructura que mejore la

calidad del servicio. Por otro lado, debido a las inequidades en las tarifas, se produce que algunos ciudadanos pagan más por el mismo servicio en comparación con otras comunidades.

9. Para el caso colombiano, se presenta regulación y control a nivel nacional, lo que garantiza que las políticas y regulaciones sean consistentes en todo el país, por lo que sin importar la ubicación geográfica se debería mantener los mismos estándares mínimos de calidad y acceso al agua. Aunque esto en la práctica, no resulta así, pues en Colombia, aún nos encontramos con sitios apartados, en que, debido a lo alejado del poder central, los prestadores de servicios públicos pequeños, no dan cumplimiento a las medidas de calidad determinadas por el Gobierno Central. Si bien, existe un órgano de inspección control y vigilancia de los servicios públicos domiciliarios, lo cierto es que a este se le dificulta llegar a ejercer esta intervención en las partes más remotas del país, máxime si tenemos en cuenta regiones como la guajira colombiana, donde la infraestructura en materia de servicios públicos es precaria.
10. Para el caso colombiano, al tener una planeación a nivel nacional, esto permite de cierto modo una mayor eficiencia en la inversión, pues un sistema regulado a nivel nacional permite una asignación de recursos eficiente de los recursos en infraestructura hídrica, evitando multiplicidad de esfuerzos innecesarios, lo que llevaría a garantizar que las inversiones que se realicen sean en las áreas que en realidad más lo requieran.
11. El caso Colombiano, presenta una grave desventaja frente al sistema Español, y es la falta de adaptabilidad a las diferencias regionales, pues al

ser una regulación llevada a nivel central, la respuesta a las necesidades inmediatas se hace mucho más difícil, y adicionalmente no se conocen las necesidades causadas por los eventos climáticos de primera mano, por lo que cuando logran ser conocidos por el nivel central no se logra tomar medidas ágiles, debido a los niveles de burocracia y rigidez que se presentan desde el nivel central.

12. Frente al sistema colombiano donde la regulación se hace a través de comisiones de regulación, se pueden establecer como conclusión las siguientes ventajas:

- En primer lugar, la especialización técnica, pues la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico – CRA, está conformada por 4 expertos comisionados en la materia, lo que les permite tomar decisiones basados en datos reales de la industria del agua, enfocando sus decisiones en las realidades del sector a nivel nacional, haciendo que el servicio sea más eficiente.
- En segundo lugar, la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, tiene autonomía administrativa y financiera, y sus expertos comisionados son elegidos por periodos de 4 años, lo que en parte aporta a que no esté sujeta a presiones políticas directas, por lo que las decisiones pueden ser tomadas basados en criterios técnicos, y no políticos.
- En tercer lugar, considero como una ventaja la transparencia que reviste a las decisiones que son tomadas por esta Comisión de

Regulación, toda vez que previo a que se genere un acto administrativo de regulación, estos deben ser consultados con la población, y organismos interesados, entre los que se encuentran usuarios y prestadores, lo que genera mayor intervención de la población en la toma de decisiones, dando confianza al proceso regulatorio, en cumplimiento de las medidas de mejora regulatoria implementadas por el Gobierno Colombiano.

- En cuarto lugar, estas Comisiones de Regulación, sirven para fomentar la competencia cuando esta sea posible, aunque para el caso del agua potable es muy difícil que se presente competencia, para otros servicios regulados por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico – CRA, como el de limpieza y saneamiento básico, si es posible que se presente competencia, por lo que la regulación puede crearse para incentivar la misma desde criterios técnicos, lo que lleva a mayor eficiencia y precios más bajos para los consumidores.
- En sexto lugar, como mencionamos en su momento, la regulación expedida por la Comisión de Regulación – CRA, se realiza por periodos mínimos de tiempo, lo que brinda una mayor estabilidad regulatoria, lo que aunado a que sea una entidad específica encargada de la regulación de un servicio tan importante, hace que se tenga mayor estabilidad a largo plazo de la regulación que se adopte, lo que permite, aunado a lo que mencionabas en el primero de los capítulos, que las inversiones en infraestructura crezcan, teniendo en

cuenta que las empresas pueden planificar sus inversiones con mayor certidumbre.

13. Así mismo, del modelo colombiano basado en comisiones de regulación de los servicios públicos, podemos evidenciar las siguientes desventajas:

- La primera de las desventajas que observo del modelo de comisiones de regulación, está relacionada con la falta de conocimiento de las necesidades locales, pues al estar a nivel central, en este caso ubicados en la capital de Colombia, les es difícil estar en territorio, impidiendo que de primera mano conozcan las necesidades a nivel local, que son normalmente desatendidas cuando la regulación es a nivel nacional.
- La segunda desventaja, va de la mano con la anterior, y es que las comisiones de regulación, debido a que están compuestas por un órgano colegiado, y adicionalmente cuentan con una junta directiva donde están otras entidades, se vuelven burocráticas y rígidas en su enfoque, por lo que se dificulta la adaptación rápida a cambios de entorno como emergencias ambientales o avances tecnológicos.
- En tercer lugar, si bien las comisiones de regulación están creadas para ser órganos técnicos e independientes, debido a su conformación, siempre tienen influencia por parte del Estado, por lo que no se logra generar una independencia absoluta, lo que hace que sus decisiones se puedan enfrentar a presiones políticas o

económicas que influyan en sus decisiones, haciendo que con sus decisiones no siempre actúen en beneficio de la población.

14. En caso de que España decidiera hacer uso de Comisiones de Regulación a nivel nacional, debería tener en cuenta los siguientes criterios:

- Diversidad local y regional, si bien la unificación de criterios a nivel nacional, ayuda a que no haya distorsiones en la regulación, se debe reconocer que el modelo regulatorio que se adopte, debe comprender la diversidad geográfica y climática, creando mecanismos que le permitan adoptar medidas regulatorias según las necesidades para abordar esas variaciones. Con lo anterior, no quiero decir que se abandone la estabilidad regulatoria, pero las medidas deben contemplar mecanismos de acción inmediatos frente a los cambios que llegarán a surgir.
- Teniendo en cuenta la variabilidad en las condiciones climáticas, y que la regulación es realizada por las entidades locales, es importante que la comisión que se cree promueva de forma general principios en pro de la eficiencia del uso sostenible del agua, esto teniendo en cuenta que el recurso hídrico pertenece a la nación, por lo que la protección debe ser igual en todas las regiones.
- Al ser una comisión de nivel nacional, esta se debería encargar de establecer los estándares rigurosos y llevar a cabo monitoreo efectivo para garantizar que el agua sea segura y cumpla con las normativas de calidad. Si bien esta tarea es realizada por un Ministerio, este

órgano sería revisto por un componente técnico mucho más fuerte, por lo que se espera que los criterios sean mucho más ajustados a la realidad.

- No se puede desconocer la descentralización en España, por lo que, aunque se cree un organismo de carácter nacional, es indispensable que se trabaje en colaboración con las autoridades locales y regionales para coordinar la regulación y abordar las necesidades específicas de cada área.
- Teniendo en cuenta que cada vez es más claro en España la remunicipalización de la prestación de los servicios, la regulación y control de la prestación de los servicios no puede ser prestada por el mismo ente local, por lo que se hace necesario, que se cree un ente nacional, encargado de realizar estas funciones cuando el prestado es el mismo municipio.
- Teniendo en cuenta la importancia del agua como derecho fundamental, tal como lo mostramos anteriormente, la comisión que se cree debe garantizar que las tarifas sean justas y accesible para todos los ciudadanos, especialmente los que requieran de mayor protección debido a sus condiciones socioeconómicas.
- Se debe tener como horizonte un criterio de sostenibilidad ambiental, teniendo en cuenta el valor ecológico del agua en España, la comisión que se cree debe propender por que se promuevan practicas sostenibles en la gestión del agua.

- La comisión, debe ser creada con mecanismos de emergencia más ágiles, para que no presente los mismos problemas de falta de operatividad inmediata como en el caso colombiano.
- Debido a que España tiene varias regiones autónomas, se podría considerar una mayor coordinación y colaboración entre el regulador nacional y los entes regionales y locales, para garantizar una regulación coherente y homogénea en todo el país.

15. Desde la experiencia colombiana haciendo uso de Comisiones de Regulación a nivel nacional, considero que España, en caso de decidir hacer uso de estas comisiones para regular sus servicios, debería tener en cuenta los siguientes puntos para mejorar su modelo regulatorio:

- España debería considerar la creación de una entidad independiente para regular y supervisar el sector del agua potable a nivel nacional, lo que implica independencia administrativa y financiera, limitando en lo máximo la intervención del gobierno y de los prestadores, para garantizar una regulación imparcial y transparente.
- El enfoque participativo de los instrumentos regulatorios que expida la comisión de regulación, si bien España, a través de sus entidades locales fija tarifas, que posteriormente son aprobadas por las comisiones de precios, teniendo en cuenta estudios técnicos, propiamente dentro del proceso de conformación de los instrumentos

regulatorios que se expiden, no hay una participación activa por parte de la ciudadanía en la toma de decisiones, al fortalecer los mecanismos de participación España estaría garantizando que se reflejen las necesidades reales de los ciudadanos.

- España presenta una complejidad en términos de unificación de criterios frente a las tarifas a cobrar, por lo que se sugiere que se adopte un enfoque de tarifas transparente que permita con facilidad a los consumidores comprender como se calculan las tarifas y que servicios se pagan a través de la factura de servicios públicos.
- España, al unificar la regulación, debería incluir mecanismos que le permitan realizar evaluaciones periódicas del impacto de las regulaciones, lo que como vimos anteriormente, hace parte de la implementación de mecanismo de mejora regulatoria como el análisis de impacto normativo, implementado en Colombia, a partir de la entrada en la OCDE. Lo anterior, permite hacer análisis de efectividad de la regulación en Colombia.

16. Teniendo en cuenta fenómenos como el de la remunicipalización en España, donde la prestación de servicios es realizada directamente por los municipios, considero indispensable que la regulación del servicio y su control y vigilancia, sea realizado por un órgano externo de nivel nacional, el cual pueda brindar unificación de criterios para los municipios, máxime cuando al interior de estos, no existe el personal técnico necesario, para atender las necesidades del sector. Nos es viable que el municipio se de a sí

mismo su regulación, y a la vez preste el servicio, pues esto trae poca transparencia y bajo control a la regulación.

17. Adicionalmente, considero necesario, que España cree un marco jurídico y económico homogéneo, que incentive que la toma de decisiones en el sector del agua se haga teniendo en cuenta consideraciones netamente técnicas y no políticas, generando el mayor grado de independencia de los encargados de regular el sector.

Ahora bien, definir si se debe o no crear una comisión de regulación en España para la regulación de servicios públicos como el de suministro o distribución de agua potable, es una cuestión compleja, que requiere del análisis específico de la situación española. No obstante, tal como se establece anteriormente, existen criterios que a mi parecer favorecen la creación de esta figura, máxime si tenemos en cuenta el fenómeno de remunicipalización que está viviendo España donde los municipios son los prestadores directos del servicio, por lo que se hace necesario que la regulación y control sea realizada de forma independiente a la misma entidad local, lo que sumado a todos los factores de ventaja descritos anteriormente, hacen que se tenga como conclusión la posibilidad de implementar Comisiones de Regulación en España. Si bien se presentan desventajas, como la falta de conocimiento local y agilidad para responder a situaciones particulares, esta comisión puede ser creada con instrumentos jurídicos que le permitan en medio de su autonomía resolver estas situaciones.

BIBLIOGRAFÍA.

1. Acedo Penco Ángel, (2014), "*LOS DERECHOS BÁSICOS DE LOS CONSUMIDORES RECONOCIDOS EN EL ART. 51 DE LA CONSTITUCIÓN Y SU ULTERIOR DESARROLLO MEDIANTE EL ESTATUTO DE LOS CONSUMIDORES DE EXTREMADURA*", Facultad de Derecho, Universidad de Extremadura.
2. Acosta Juan Carlos y Alvares Andrés, (2014) "*Ideas Monetarias del Siglo XIX en Colombia*", Banco de la Republica, Bogotá – Colombia.
3. Aghion, P. y J. Tirole (1997). "*Formal and Real Authority in Organizations. Journal of Political Economy*", 105, 1-29.
4. Alvarado Romero Luz Marina, (2015), "*Revista Derecho y Realidad*" Vol. 13- Núm 25, Enero – junio de 2015, Pág. 43-62. Bogotá – Colombia.
5. Álvarez Díaz Oscar Luis, (2008) "*Estado Social de derecho, Corte Constitucional y desplazamiento forzado en Colombia*", siglo del hombre editores. Bogotá – Colombia.
6. Álvarez José, (2016) "*La Constitución del 91, Una Victoria del Neoliberalismo en Colombia*", Bogotá – Colombia, Julio de 2016, recuperado de: <https://www.las2orillas.co/la-constitucion-del-91-una-victoria-del-neoliberalismo-en-colombia/>
7. Álvarez Molina Marianella, (2002) "*Limites y Alcances de la Intervención Estatal en la Economía Costarricense: un análisis del Párrafo 1° del Artículo 50 de la Constitución Política*", Portal Revistas Académicas, N° 99.
8. Álvarez Santiago, García Marián y Suárez Javier, (2014), "*Tarifas no Uniformes: Servicio de Suministro doméstico de agua*", Universidad de Oviedo. Oviedo – España.
9. Alviar García H, Lamprea Everaldo, (2016), "*El Estado regulador en Colombia*", Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Edición Uniandes, Bogotá – Colombia.
10. Alviar García Helena (Coordinadora), (2016) "*NUEVAS TENDENCIAS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO*" Universidad de los Andes, Facultad de derecho; Edición Uniandes. Bogotá, D.C.
11. Antonio Arguelles y José Antonio Gómez Mandujano, (1994) "*Guía metodológica para la desconcentración y modernización de estructuras administrativas*", Grupo Editorial M.A. Porrúa, Universidad de Texas.

12. Arellano M Soledad y Serra Pablo, (2004), "*Principios para Tarifcar la Transmisión Eléctrica*", Universidad de Chile, Cuadernos de Economía, Vol. 41 (agosto), Pág. 231-253. Chile.
13. Argáez Caballero Carlos, (2014) "*La Economía Colombiana del Siglo XX, Un Recorrido por la Historia y sus Protagonistas*", Editorial Random House.
14. Ariño Ortiz Gaspar, (1988) "*Principios de descentralización y desconcentración*", Universidad Autónoma de Madrid, Núm. 214.
15. Armstrong, M y Sappington, D, (2004), "*toward a Synthesis of models of Regulatory Policy Design with Limited Information*", Journal o Regulatory Economics; 26:1, Pág. 5 – 21.
16. Baillie Dunlap Vincent, (2010) "*Rafel Uribe Uribe y el Liberalismo Colombiano*", Universidad Externado de Colombia, Facultad de Economía, edición 1, Volumen 1, Número 52, Año 2010.
17. Baltra Roberto, (2008), "*Empresa Eficiente: Metodologías, Modelación y Aplicación para fines de Regulación Tarifaria*", Oficina de desarrollo de las telecomunicaciones, International Telecommunication Union,
18. Baron, David P. y Roger B. Myerson (1982). "*Regulating a Monopolist with Unknown Costs*". *Econometrica*, Vol. 50, No. 4, pp. 911-930.
19. Barrantes Roxana, (2018) "*Teoría de la Regulación*" Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Departamento de Economía, Lima – Perú.
20. Barreto Moreno Antonio Alejandro, (2016), "*La estructura Reguladora del Servicio Público Domiciliario de Aguas, Más allá del Enfoque Mercantil*", artículo publicado dentro del libro "EL ESTADO REGULADOR EN COLOMBIA", Pág. 75 y ss., Bogotá – Colombia.
21. Bauden Marcos, (2011) "*Dilemas de la Intervención Estatal en la Economía*", Editorial Biblos, Uruguay.
22. Baumol W, (1977), "*On the Proper Cost Test For Natural Monopoly in a Multiproduct Industry*", *American Economic Review*, PP. 809-822.
23. Bejarano Jesús Antonio, (1997) "*¿Qué es el Neoliberalismo?*", Banco de la República, Credencial Historia N° 10, Bogotá – Colombia.
24. Bermúdez y Morales Manzur, (2012) "*Estado social de Derecho: Consideraciones sobre su trayectoria histórica en Colombia a partir de 1991*", *Revista cuestiones políticas* Vol. 28 No. 48, Enero – Junio 2012 páginas 51 – 77, Bogotá – Colombia.
25. Bernardo Tovar Zambrano, (2015) "*La Historia al Final del Milenio: Ensayos de Historiografía Colombiana y Latinoamericana*", Editorial Universidad Nacional, Facultad de Ciencia Humanas, Bogotá D.C. – Colombia, 1994.
26. Berumen Sergio A., (2015) "*Lecciones de Economía para no economistas*", Editorial ESIC, Libros Profesionales de Empresa, Madrid – España.
27. Bibiano Luis, "Remunicipalización: la difícil recuperación pública de la gestión del agua", *Revista Nuevo Regadío - IAGUA*. Abril 2016.
28. Bodie ZVI, Merton Robert C, (2004), "*Finanzas*", Traducido por Francisco Reyes Guerrero, Editorial Pearson Educación, Estados Unidos.

29. Boiteux M, (1960), "*Peak Load Pricing*", *Journal of business*, Vol. 33, Pág. 157-179
30. Bolaños Eduardo, (1999) "*Ensayos de Economía*", Editorial Universidad Nacional de Colombia, Vol. 10, N° 16, Pág. 61-87.
31. Bolívar Guerrero Rafael, (2017) "*Aspectos Relevantes de la Reforma Constitucional de 1936*", Estudio Jurídico, recuperado de: http://enciclopedia.banrepcultural.org/index.php/Alfonso_L%C3%B3pez_Pumarejo
32. Bravo Chew y Gamboa Luis, (2005), "*Subsidios cruzados: el caso del sector postal*", Universidad del Rosario, Serie Documentos borradores de investigación No. 65. Bogotá – Colombia.
33. Cabral, L. y M. Riordan, (1989) "*Incentives for Cost Reduction under price Cap Regulation*". *Journal of Regulatory Economics*.
34. Cárdenas Rivera Miguel Eduardo, (2015), "*El fracaso Histórico del Liberalismo en Colombia*". *Revista Derecho y Realidad*, Volumen 13, Número 26, Colombia.
35. Carlos Gabriel Salazar C., (2006) "*Ezequiel Rojas, vida y pensamiento*", Academia Boyacense de Historia y Fondo Mixto de Cultura de Boyacá, Tunja Boyacá, primera edición junio del año 2006.
36. Case Karl E, Fair Ray C. (1997), "*Principios de Microeconomía*", cuarta edición, editorial Prentice Hall Hispanoamericana S.A., Traducido por Ángel Carlos González Ruiz, Ciudad de México.
37. Castillo Soto Manuel y Cárdenas Almagro Antonio, (2010), "*Estrategia de fijación de precios no Lineales*". *Revista Análisis Económico* No. 60, Vol. XXV, tercer cuatrimestre de 2010.
38. Cataño Gonzalo, (1995), "*Los Radicales y la Educación*", Banco de la Republica, Credencial Historia N° 66, Junio de 1995, recuperado de: <http://www.banrepcultural.org/biblioteca-virtual/credencial-historia/numero-66/los-radicales-y-la-educacion>
39. César Miguel Torres Del Río, (2015), "*Colombia Silgo XX, Dese la Guerra de los Mil días hasta la elección de Álvaro Uribe*", Editorial Pontificia Universidad Javeriana, segunda edición, Bogotá – Colombia.
40. Chacartegui Consuelo, Ramos Francisco, Valle Muñoz, Ruiz Viñals, (2004), "*Políticas sociolaborales. Un enfoque Pluridisciplinar*", Editorial UOC, Barcelona – España.
41. Chávez Marín Augusto Ramón, (2005), "*Lecturas de Derecho Administrativo*", Universidad de Santo Tomás, Facultad de Derecho, Bogotá – Colombia, Año 2005.
42. Colander Londreth, (2006), "*Historia del Pensamiento Económico*", Editorial Mc Graw Hill, Curta Edición.
43. Coral Lucero, y James Iván, (2016) "*Aproximaciones ideológicas a la reforma constitucional de 1910 en Colombia*", Universidad de los Andes, Papel

- Político, Vol. 21, No. 2, Pág. 373-379, Bogotá – Colombia, julio – diciembre de 2016, recuperado de: <https://doi.org/10.11144/Javeriana.papo21-2.airc>
44. Correa R Juan Santiago, (2009) “*Del Radicalismo a la Regeneración, La Cuestión Monetaria*”, Revista de Economía Institucional, Vol. 11, N° 21, Segundo Semestre, Pág. 161 – 178, Año 2009.
45. Correa R Juan Santiago, (2017) “*Moneda y Nación: del Federalismo al Centralismo Económico (1850-1922)*”, Colegio de Estudios Superiores de Administración – CESA, Bogotá – Colombia.
46. Crespo Ricardo, (2000), “*Liberalismo Económico y Libertad*”, Editorial Rialp S.A., Madrid – España.
47. Cruz Luis Edgar, (2010) “*La Constitución Política de 1991 y la Apertura Económica*”, Revista Facultad de Ciencias Económicas, Vol. 18, N° 1, Pág. 269-280, Bogotá - Colombia.
48. Cruz Martínez Alexander, (2011), “*Intervención del Estado Colombiano en el Sector Solidario*”, Colección Textos de Jurisprudencia, Universidad del Rosario, Primera Edición, Bogotá – Colombia.
49. Cuervo González, (2010) “*El agua potable como bien mayor*” en Observatorio de la Economía Latinoamericana, N° 134, 2010. Texto completo en <http://www.eumed.net/cursecon/ecolat/co/>
50. Dammert Lira Alfredo, Molinelli Aristondo Fiorella, Carbajal Navarro Max, (2013), “*Teoría de la Regulación Económica*”, Fondo Editorial de la Universidad San Martín de Porres, Lima – Perú.
51. Dammert, Alfredo; Fiorella Molinelli y Max Carbajal (2011). “*Fundamentos Técnicos y Económicos del Sector Eléctrico Peruano*”. OSINERGMIN.
52. Daniel Fernando Rincón, (2017), “*La razón de mi Voto*”, Análisis, Revista OLA Política, Publicado el 16 de julio de 2017.
53. Daniel Gutiérrez Ardila, (2015), “*La convención de las discordias: Ocaña, 1828*”, Revista de Estudios Sociales (En línea), paginas 150 – 168, Bogotá - Colombia.
54. DAPD–CID (2004), “*Equidad en las tarifas de los servicios públicos: impacto en la capacidad de pago de los hogares de Bogotá*”, Bogotá: Alcaldía Mayor.
55. David Guinard Hernández, (2017), “*La “Regulación Económica” como instrumento de Dirección Estatal de la Economía*”, Revista digital de Derecho Administrativo, N° 18, Segundo Semestre, Universidad Externado de Colombia, Pág. 177-224.
56. De la Torre Vargas, David (2014). “*Fallos del mercado y Regulación Económica en los servicios públicos domiciliarios. Aproximaciones a una disciplina poco entendida por los juristas*”, en *Revista Digital de Derecho administrativo*, nº 12. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 45-62.
57. Demsetz, Harold, (1968). “*Why regulate utilities?*”. Journal of Law and Economics, Vol. 11, N° 1, pp. 55 – 65.

58. Diana Paola Fique Ramírez, (2015), *“La Generación del Liberalismo en el Siglo XIX Colombiano”*, Trabajo de Grado para Acceder al Título de Maestría en Historia, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá – Colombia, 2015.
59. Días Bautista Alejandro, (2005), *“Experiencias Internacionales en la Desregulación Eléctrica y el Sector Eléctrico en México”*, Editorial Plaza y Valdés S.A. de C.V., Tijuana – México.
60. Díaz Londoño, Jorge Andrés, (2009), *“Estado Social de Derecho y Neoliberalismo en Colombia: Estudio del cambio social a finales del siglo XX.”* Universidad de Caldas. Departamento de Desarrollo Humano.
61. Domínguez Dani, “La Privatización del Agua: la hipoteca que están pagando los municipios”, 20 de julio de 2022.
62. Duran, Víctor Manuel, (2001), *“Estado Social de Derecho, Democracia y Participación. De la Ponencia en la VII Conferencia Latinoamericana de Trabajadores de los Servicios Públicos”*. Ciudad de México – México .
63. Echavarría Juan José, (2001) *“Colombia en la Década de los Noventa: Neoliberalismo y Reformas Estructurales en el Trópico”*, Cuaderno de Economía, Vol. 20 N° 34, Junio 20012, Bogotá – Colombia.
64. Echevarría Ignacio, (2008), *“Marco de Referencia para el Análisis de la Intervención Estatal”*, Editorial Cepal, Año 2008.
65. Escalante Fernando, (2016) *“Historia Mínima del Neoliberalismo”*, Editorial Colmex, Vol. 1, Méjico, Año 2016.
66. Ezequiel Rojas, (1848) *“La Razón de mi Voto”*, periódico *“El Aviso”*, N° 26, Bogotá, Julio 16 de 1848, páginas 3 y 4.
67. Feldstein, M, (1972), *“La equidad distributiva y la estructura óptima de precios públicos”*. En American Economic Review.
68. Fernández Baca Jorge, (2011), *“Discriminación de precios”*, Capítulos de Libros , en: Jorge Fernández-Baca (ed.), Organización Industrial , edición 2, volumen 1, capítulo 4, páginas 161-200, Fondo Editorial, Universidad del Pacífico.
69. Ferrando Nicolau Esperanza, (1992), *“El derecho a una vivienda digna y adecuada”* Anuario de Filosofía del Derecho IX, PP 305 – 322,
70. Ferro Gustavo y Lentini Emilio, (2013) *“Políticas tarifarias para el logro de los objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM): Situación actual y tendencias Regionales recientes”*, documento preparado por la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), ejecutado en conjunto con el Ministerio de Asuntos Exteriores de Francia. Santiago de Chile.
71. Fisinger, J. y Vogelsang, I. (1985): "Strategic Management Behavior under Reward Structures in a Planned Economy". Quarterly Journal of Economics; 100, 263-270.
72. Forero Núñez Felipe, (2017) *“Servicios Públicos domiciliarios, Telecomunicaciones e infraestructura”*, Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá – Colombia.

73. Friedrich August Von Hayek, (1944), *“Camino de Servidumbre”*, 1944 (primera edición), Unión Editorial (2008), España.
74. Gabriel Vélez Restrepo, (2016) *“El Derecho Administrativo y los Entes Territoriales”*, Universidad Nacional de Colombia Sede Manizales, Manizales – Colombia.
75. Gallardo José, (1999), *“Disyuntiva en la Teoría Normativa de la Regulación: El caso de los Monopolios Naturales”*, Documento de trabajo No 164, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima – Perú.
76. Galvis Macias Iván Humberto, (2020) *“Derecho Económico y Regulación económica en Colombia”*, Universidad Santo Tomas, Seccional Tunja, División de Ciencias Jurídicas y Políticas, Facultad de Derecho, Tunja – Colombia.
77. García Alberto del Villar, (2009), *“LOS OBJETIVOS DE LA POLÍTICA DE PRECIOS DE LOS SERVICIOS DEL AGUA EN EL MARCO SOCIAL ACTUAL”*, Revista Andaluza de Ciencias Sociales – Anduli, No. 8 de 2009, páginas 121 a 134. España.
78. García González Sandra, (2001), *“¿qué fue la confederación granadina?”*, Liefeder.com, recuperado de <https://www.liefeder.com/confederacion-granadina/>
79. García, M, (2002), *“Tarificación óptima para el servicio de agua en las ciudades: aplicación a tres municipios españoles.”* En Tesis doctoral en economía. España: Departamento de Economía Universidad de Oviedo.
80. García, M., (2013), *“John Locke: la división de poderes y la tradición democrática contemporánea.”*, Tópicos, Revista De Filosofía, 22(1), 9 - 15. <https://doi.org/10.21555/top.v22i1.300>
81. Gaya Joan, *“INFORME SOBRE LA REGULACIÓN DEL CICLO URBANO DEL AGUA EN ESPAÑA”*, Libro Verde de la Gobernanza del Agua en España, Madrid – España, Noviembre 2020, Página 4.
82. Gil Ospina Armando, (2000), *“Bienes Públicos”*, Universidad Católica Popular de Risaralda, Colombia.
83. Gómez Lobo Andrés y González Aldo, (2008), *“Subsidios Cruzados en los Servicios Aeronáuticos y en la Red Aeroportuaria de Chile”*, Universidad de Chile, Revista de Análisis Económico, Vol. 23 No. 1, Pág. 85-106.
84. Gómez Urrego Dolores Eulalia, (2016), *“Múltiples usos del agua, conflictos y externalidades: Estudio de caso de la parte alta del río Cauca en Colombia”*, Ensayo Universidad Autónoma de Barcelona, http://pagines.uab.cat/appliedeconomics/sites/pagines.uab.cat/appliedeconomics/files/Gomez,%20Dolores_paper.pdf
85. González, J., (2003), *“Bienes públicos, elección colectiva, racionalidad e indicadores.”*, En Temas de debate: estadísticas e indicadores. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
86. Guerra Lopera J, (2014) *“La Reformas Liberales en la Nueva Granada a Mediados del Siglo XIX”*, Revista de estudiantes de historia, Universidad

Nacional de Colombia, VOL 1 – N° 1, Julio – Diciembre 2014, Bogotá - Colombia.

87. Guía Metodológica para la Elaboración de Análisis de Impacto Normativo (AIN) versión 2.0. Departamento Nacional de Planeación de Colombia. Marzo 2021.
88. Guillén Gómez Alfonso León, (2018), "*Crecimiento Económico de Colombia Durante el Keynesianismo y el Neoliberalismo Monetarista, 1960-2016*", Revista Contribuciones a la Economía, enero – marzo, Bogotá – Colombia.
89. Guinard Hernández David, (2017) "La regulación económica como instrumento de dirección estatal de la economía", Revista Digital de Derecho Administrativo, N° 18, segundo semestre, Páginas 177-224.
90. Gustavo Mateus Cortés, y Jesús Enrique Mediana, (2006), "*Ezequiel Rojas Vida y Pensamiento.*", Búhos Editores, Tunja – Boyacá, Colombia, Primera Edición.
91. Gutiérrez Naranjo Federico, (2015), "Introducción a la Teoría de Juegos y Los Contratos", Journal Of International Law, Vol. No. 6. 02., julio – diciembre de 2005.
92. Hayek Friedrich, (2008) Camino de la Servidumbre, Editorial Unión, Vol. 11, Traducido por Carlos Rodríguez Brawn, España.
93. Henderson James D, (2006) "*La Modernización en Colombia, Los Años de Laureano Gómez 1889 – 1965*", Editorial Universidad de Antioquia, Medellín – Colombia, primera edición en español Julio de 2006.
94. Hicks, J., (1956), "*La rehabilitación del excedente de los consumidores. En Ensayo sobre economía del bienestar*", 1974. México: Fondo de Cultura Económica.
95. Jacqueline B. y Margarita C., (2007), "*Utilitarismo y Liberalismo en la República de Colombia, 1821.1830*", Prolegómenos. Derechos y Valores, Volumen X, Pagina 35 – 49, Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá D.C. – Colombia.
96. Jaramillo Uribe Jaime, (1995) "*Los Radicales*", Banco de la República, Credencial Historia N° 66, junio de 1995, recuperado de: <http://www.banrepcultural.org/biblioteca-virtual/credencial-historia/numero-66/los-radicales>
97. Jaramillo Uribe Jaime, (1997) "*Las Sociedades Democráticas de Artesanos y la Coyuntura Política y Social Colombiana de 1848*", Universidad de los Andes, Bogotá – Colombia.
98. Jiménez Herrero Luis M y Higón Tamarit Francisco, (2003), "Ecología y economía para un desarrollo sostenible", editorial Universidad de Valencia, Valencia – España.
99. John Locke, (1821) "*Ensayo sobre el Gobierno Civil*", traducido de la séptima edición francesa publicada en París por Los Ciudadanos D.G.C. Y I.C, imprenta de la Minerva Española a cargo de J. Fernández.

100. Jordana Jacint, Levi-Faur David, (2005), “¿HACIA UN ESTADO REGULADOR LATINOAMERICANO? La difusión de agencias reguladoras autónomas por países y sectores.” Documentos CIBOB, Serie: América Latina, Barcelona – España.
101. Jouravlev Andrei, (2001), “Regulación de la industria de agua potable”, Recursos naturales e infraestructura, Publicación de las Naciones Unidas, Serie 36, Volumen II, Regulación de las conductas, Santiago de Chile.
102. Kassem Rios Diana, (2004), “Evaluación de un Mecanismo Regulatorio Basado en Empresa Modelo Eficiente para Distribuidoras de Energía Eléctrica en Colombia”, Universidad de los Andes, Tesis de Maestría en Economía de la Universidad de los Andes, Bogotá – Colombia.
103. Keynes John Maynard, (1926) “The End of Laissez – Faire, El Final del Laissez-Faire, recuperado de: <https://es.scribd.com/document/53367670/Keynes-El-Final-del-Laisser>
104. Krajewski, Lee J, Ritzman, Larry P, (2000), “Administración de Operaciones, Estrategia y Análisis”, Quinta Edición, Editorial Pearson Educación, Traducido por Ángel Carlos González Ruiz, México.
105. Krugman Paul y Wells Robin, (2007), “Introducción a la Economía, Microeconomía”, Editorial Teverté S.A., traducido por Sonia Benito Muela, Barcelona – España.
106. Krugman Paul, Wells Robin, (2007), “Introducción a la Economía”, traducido por Sonia Benito Muela, Editorial Reverté S.A., Barcelona – España.
107. La Rosa Michael J, Mejía Germán R, (2013) “Historia concisa de Colombia (1810 – 2013)”, Ministerio de Cultura y Universidad Javeriana, Bogotá – Colombia.
108. Laffont, J y Tirole J, (1986), “Using Cost Observations to Regulate Firms” Journal of Political Economy, Vol. 94, No. 3.
109. Laffont, J y Tirole J, (1994), “A Theory of Incentives in Procurement and Regulation” MIT Press.
110. Laffont, Jean, J, (1994), “The New Economics of regulation ten years after”, Econometrica, No3, Mayo.
111. Laureano Gómez Serrano, (2001) “El Control Constitucional en Colombia, Evolución Histórica”, Editorial UNAB, Bucaramanga - Colombia.
112. LENIS MEJIA, ANA LUCÍA, “Las agencias independientes o comisiones de regulación”, Revista de Maestría en Derecho Económico, n° 2, Pontificia Universidad Javeriana, diciembre de 2004, Bogotá, Colombia.
113. León Miguel, “El procedimiento para la remunicipalización de servicios públicos, A propósito de los artículos 85 y 86 LRBRL” Revista Estudios de la Administración Local y Autonómica, Número 12, 19 de septiembre de 2019.
114. Lewis, T y Sappington D, (1988), “Regulating a Monopolist with Unknown Demand”, American Economic Review, Vol. 19, No 3.
115. Li Ning Jorge y Willington Manuel, (2007) “La Regulación de un Monopolio con Obligación de Servicio Universal: El Rol de la Flexibilidad Tarifaria”, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Lima – Perú

116. Loeb M y Magat W, (1979), "A decentralized method for utility regulation" *The Journal of Regulatory Economics*, 22 (1979), Pág. 399-404"
117. López Gutiérrez William, (1994) "La Intervención del Estado en la Economía Colombiana", *Revista de Ciencias Sociales Convergencia*, UAEM, N° 7, Pág. 83-110, Bogotá - Colombia.
118. Lozano Ana, (1992), " UN ESTUDIO DE LA EFICIENCIA Y ECONOMÍAS DE DIVERSIFICACIÓN DEL SISTEMA BANCARIO ESPAÑOL", *Revista Española de Financiación y Contabilidad*, Vol. XXII, No. 73, octubre – diciembre 1992, PP 855-880.
119. Ludwig Von Mises, (1927) "Liberalismo", traducido por Juan Marcos de la Fuente, Editorial Leviatán & Loto, (2014).
120. Luis Eduardo Fandiño R., (2003) "Influencia de Jeremy Bentham en el Pensamiento y la Legislación Económica de las Administraciones del General Francisco de Paula Santander. 1819 – 1837", Facultad de Economía Universidad de los Andes, Bogotá D.C., 2003.
121. Luis Enrique Villanueva Gómez, (2014) "LA DIVISIÓN DE PODERES: TEORÍA Y REALIDAD", Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Páginas 149 – 186, México.
122. Madriñan Rivera, Ramón Eduardo, (1997), "Estado social de derecho". Ediciones Gustavo Ibáñez. Colombia.
123. Maestu, J y Villar, A. (2007), "El análisis económico en la Directiva Marco del Agua y su papel en el proceso de planificación hidrológica", *Revista Ingeniería y Territorio*, 80, págs. 48-53.
124. Maestu Josefina y Del Villar Alberto, "Precios y Costes de los Servicios del Agua en España", Ministerio de Medio Ambiente, Madrid – España, Año 2017.
125. Maynard Keynes John, (1936), "The General Theory of Employment, Interest and Money", Macmillan Cambridge University Press, For Royal Economic Society.
126. Mankiw Gregory, (2005) "Principios de Economía", Editorial PARANINFO, Cuarta Edición, Traducido por Esther Rabasco y Luis Toharia, Madrid – España.
127. Manso Coronado Francisco, (2003), "Diccionario Enciclopédico de Estrategia Empresarial", Editorial Diaz de Santos S.A., Madrid – España.
128. Marcos González P, José Rueda E., (2005), "Investigación Interdisciplinaria" *Urdimbes y Tramas*, Cooperativa Editorial del Magisterio, Segunda Edición, Bogotá D.C. – Colombia.
129. Marichal Carlos, (2008), "Nueva Historia de las Crisis Financieras, Una Perspectiva Global, 1873 – 2008", Random House, Argentina.
130. Marquardt Bernd, (2011) "Estado y Constitución en la Colombia de la Regeneración del Partido Nacional 1886 – 1909", *Revista Ciencia Política* N° 11, Enero – Junio, Bogotá - Colombia.

131. Matés Juan Manuel, (2016), "La regulación del suministro de agua en España Siglo XIX y XX", Universidad de Jaén, Revista de Historia Industrial No. 61. Año XXV, Monográfico 1.
132. Máxima Uriarte Julia, (2017), "Intervencionismo Estatal", Revista Caracteristicas.co, última edición 27 de septiembre de 2017, recuperado de: <https://www.caracteristicas.co/intervencionismo-estatal/>
133. Meisel Roca Adolfo, (2011) "El Sueño de los Radicales y las Desigualdades Regionales en Colombia", Banco de la Republica – Documentos de Trabajo Sobre Economía Regional, N°155 , Bogotá - Colombia.
134. Melo González Jorge Orlando, (1991), "Las Reformas Liberales de 1936 Y 1968", Revista Credencial Historia N° 13, Banco de la República, Bogotá – Colombia, Enero de 1991.
135. Melo Jorge Orlando, y Alberto Lleras Camargo, (1999) "Los 10 Estadistas del Siglo XX en Colombia", Credencia Historia N° 109, Banco de la República, Bogotá – Colombia.
136. MELO SALCEDO, ILEANA MARLITT, (1991) "Los órganos autónomos e independientes", Asamblea Nacional Constituyente, Gaceta Constitucional, n° 59, del 25 de abril de 1991, págs. 1 a 13.
137. Menéndez Rexach Ángel, (2011), "EL DERECHO AL AGUA EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA", Programa de desarrollo territorial y control de agua en la Comunidad de Madrid, AFDUC 15, 2011, PP 53-84
138. Menger Carl, (2014), "Principios de Economía Política", Editorial Budok-Publishing.
139. Miranda Londoño y Márquez Escobar, (2004) "Intervención Pública, Regulación Administrativa y Economía: Elementos para la Definición de los Objetivos de la Regulación", Centro de Estudios de Derecho Comparado, Bogotá Colombia.
140. Molano Aponte Diego Andrés, (2012), "La Coordinación Inter-Agencial como Generadora de Valor Público y Transformación social", Editorial Universidad del Rosario, Bogotá – Colombia.
141. Montaña Alberto, (2015), "La incorporación de agencias en la estructura administrativa colombiana del orden nacional. Una confrontación axiológica de los modelos organizacionales de la administración pública" , Universidad Externado de Colombia, Revista Digital de Derecho Administrativo, No 13, Primer Semestre 2015, Pág. 27-43.
142. Montesquieu, (2002) "El espíritu de las Leyes", Traducción y notas de Demetrio Castro Alfín, ediciones Istmo S.A., Madrid – España, Año 2002.
143. Moreno M, Javier Orlando, (2020), "LOS RETOS DEL ACCESO A AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BÁSICO DE LAS ZONAS RURALES EN COLOMBIA", Revista de ingeniería No. 49 – Universidad de los Andes. <https://revistas.uniandes.edu.co/doi/pdf/10.16924/revinge.49.5>

144. Moreno Viafara Ferney, (2010) "El Desarrollo del Estado Liberal en Colombia", Revista Papel Político, Vol. 15, N° 1, Junio de 2010, Bogotá – Colombia,
145. Myerson Rober B, (2007), "Perspectiva sobre el Diseño de Mecanismos en la Teoría Económica", Revista Austriaca de Economía – RAE No. 44 2009. Este artículo es una versión revisada del discurso pronunciado por el profesor Roger B. Myerson en Estocolmo, el 8 de diciembre de 2007.
146. OCDE (1987), "Pricing water services", Paris.
147. Olsen, T. y G. Torsvick (1993). "The Ratchet Effect in Common Agency: Implication for Regulation and Privatization". Journal of Law, Economics and Organization, 9, 136-158.
148. Orellana Edgar R, (2009), "Sistema de Regulación de los Servicios Públicos de Agua Potable y Alcantarillado para el Distrito Metropolitano de Quito (DMQ)", tesis para obtención de grado de Master en Gerencia Empresarial, Escuela Politécnica Nacional, Facultad de Ciencias Administrativas.
149. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU). 1948. Declaración Universal de los Derechos del Hombre.
150. Palacio Mejía Hugo, (1975), "La economía en el Derecho Constitucional Colombiano", Editorial Anif, Vol. 1 , Bogotá – Colombia.
151. Palacios Marco, (1999) "Parábola del Liberalismo", Editorial Norma, Bogotá – Colombia, Año 1999.
152. Panzar J y Willig R, (1977), "Economies of Scale in Multi-Out Put Production", Quartely Journal of Economics, Vol. 91, PP, 481-493.
153. Pardo Rueda, (2017) "La Historia de las Guerras", Random House Grupo Editorial, Bogotá – Colombia.
154. Parkin Michael, (2004), "Economía" Editorial Pearson Educación, Sexta Edición, México.
155. Parkin Michael, (2006), "Microeconomía", Editorial Pearson Education, Ciudad de México – México.
156. Patiño Rojas Jorge Enrique,(2015) "Constitución de Rionegro, Antecedentes y Esfuerzos en la Creación de un Sistema Político para Colombia", Revista Principia Iuris, ISSN Impreso 0124-2067, Vol. 12, N° 24 – pág. 221-239.
157. Pérez Efraín, (2012) "Manual de Derecho Administrativo", Editorial CEP, Quito Ecuador, Año 2012.
158. Pérez R y Reyes E, (2006), "Introducción a la Regulación de los Servicios Públicos", Documento de trabajo No. 22, oficina de estudios Económicos – OSINERG, Lima Perú.
159. Plaza Crisanto, (2015), "Ensayo Sobre la Regulación Tecnológica: La era digital en Europa", Editorial Taurus, Madrid – España.
160. Pombo Carlos, (2004) "Regulación de Monopolios Naturales con Información Asimétrica: Una Introducción" La regulación Económica:

Tendencias y Desafíos, Capítulo III, Pág. 61-80, Universidad del Rosario, Bogotá D.C., Colombia.

161. Porter Michael E, (2009), "Ser Competitivo", Harvard Business School Publishing Boston, Edición Deusto en español, Traducido por Creacions Gráficas Canigo, Barcelona – España.
162. Posner A. Richard, (1992), "El Análisis Económico del Derecho", traducido por Eduardo L Suarez, Fondo de Cultura Económica, México D.F.
163. Raad Forero Lorena del Pilar, (2015), "LA AUTONOMÍA DEL ÓRGANO REGULADOR DE TELEVISIÓN EN COLOMBIA", Trabajo de grado para optar el título de maestro en Derecho Administrativo, Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario, Bogotá – Colombia.
164. Ramoneda Antonio Serra, (2003), "Mercados, Contratos y Empresas", segunda edición, Publicaciones de la Universidad Autónoma de Barcelona, Bellaterra - Barcelona.
165. Regúnada M, Báez G, Ganduglia F, Massot J, (2008), "Diagnostico y estrategias para la mejora de la competitividad de la agricultura argentina", Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales, Argentina.
166. Rengifo García Ernesto, (2016), "Derecho de Patentes", Universidad Externado de Colombia, Bogotá – Colombia.
167. Ricardo David, (2013) "Principios de Economía", Editorial Pirámide, Traducido por Paloma e la Nuez y Carlos Rodriguez, Madrid – España, Año libro original 1817, Traducción 2013.
168. Ríos Peñalosa Gilma, (1991) "Las Constituyente de 1905 y 1910", Revista Credencial Historia N° 13, Banco de la República, Bogotá – Colombia, Enero de 1991.
169. Rivera Urrutia Eugenio, (2004), "Teorías de la Regulación en la perspectiva de las Políticas públicas", Revista Gestión y Política Pública, Volumen XIII Número 2, II Semestre, Pág. 309 – 372.
170. Rodríguez Cairo Vladimir, (2013), "Fallas de Mercado y Regulación Económica", Revista de la Facultad de Ciencias Contables, Vol. 21 No. 39 pp. 99-111, Lima – Perú.
171. Rodríguez Muñoz Iveth e Ibarra Lozano Jairo, (2008), Del Estado de Derecho al Estado Social de Derecho". Universidad Autónoma del Caribe. Revisa Justicia Iuris.
172. Rodríguez Sánchez Ma. Teresa, (2001), "PREMIO NOBEL DE ECONOMÍA 2001: EL LIBRE MERCADO NO FUNCIONA", Revista Momento Económico, No. 118, noviembre – diciembre de 2001, Pág. 47-56.
173. Rojas Fernández Gabriel, (2003), "La Administración por agencias Independientes en los Estados Unidos de América", Universitas, No. 16, diciembre 2003, PP 177-205, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá – Colombia.

174. Romero Alvarado Luz Marina, (2015), "Regulación económica: una aproximación al marco teórico y conceptual", Revista Derecho y Realidad, Vol. 13 – Núm. 25, Enero – Junio de 2015, Págs. 43 – 62, Bogotá – Colombia.
175. Ruiz José Silva, "La eficiencia y la equidad en la fijación de precios de los servicios públicos: evolución de la teoría tarifaria óptima en dos partes y el caso del servicio de agua potable", revista CIFE 16, 13 de mayo de 2010.
176. Sáenz De Miera Gonzalo, "SISTEMAS TARIFARIOS DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DEL AGUA", Escuela de Negocios de la Universidad Autónoma de Madrid, año 2006.
177. Sánchez de Tagle Gonzalo, "El estado Regulador en México", Editorial Belisario Domínguez, Senado de la República, primera edición, México, año 2018.
178. Sánchez García Victoria Eugenia, "EL AGUA QUE BEBEMOS, La necesidad de un nuevo sistema de tarifas en España", Editorial Dykinson, Madrid - España, Año 2014.
179. Sánchez Ortega Camilo, (2019) "25 años de la Ley 142: ser o no ser", Diario Portafolio, extraído del siguiente link:
<https://www.portafolio.co/opinion/camilo-sanchez/25-anos-de-la-ley-142-ser-o-no-ser-535254>
180. Santos Molano Enrique, La Guerra de los Mil Días, Banco de la Republica, Revista Credencial Histórica N° 173, Bogotá – Colombia, Año 2004.
181. Sappington, D y Sibley, D, (1988), "Regulating without cost information: The incremental Surplus Subsidy Scheme", International Economic Review, Vol 29, Pág 297-306.
182. Sastoque R Edna Carolina, (2010), "La Guerra Civil de 1876 – 1877 en los Andes Nororientales Colombianos", Revista de Economía Institucional, Vol. 12, N°. 22, Primer Semestre 2010, Pág. 193-214, Año 2010.
183. Shleifer, A. 1985. "A Theory of Yardstick Competition." Rand Journal of Economics 16(3): 319-327.
184. Serrano Cisneros D, Mayorga Urquiza G, (2014), "Las agencias reguladoras independientes para la conducción de la política del Estado", XIX Congreso Internacional CLAD sobre la reforma del Estado y de la Administración Pública. 11-14 de noviembre de 2014, Quito – Ecuador.
185. Sierra Mejía Rubén (editor), (2006), "El Radicalismo Colombiano del Siglo XIX", Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Ciencias Humanas, Bogotá – Colombia, Primera Edición año 2006.
186. Sifontes Domingo, (2015), "Agencias Regulatorias Independientes y la Actividad Reguladora: una primera aproximación" Unidad de Investigaciones Económicas y Sociales Escuela de Economía Universidad de Carabobo y Universidad Complutense de Madrid, Revista Faces.

187. Silva Ruiz José, (2010), "La eficiencia y la equidad en la fijación de precios de los servicios públicos: evolución de la teoría de la tarifa óptima en dos partes y el caso del servicio de agua potable", Revista CIFE 16, Pág. 95-121, Bogotá – Colombia.
188. Simón Bolívar, Carta de Jamaica, Fundación Editorial Epígrafe, Bogotá D.C. – Colombia, Primera Edición 2003.
189. Smith Adam, (1759) "La Teoría de los Sentimientos Morales", Editorial Street Libros, Traducido por E. Nicole. Año 1759.
190. Smith Adam, (1776), "La Riqueza de las Naciones", Editorial Street Librería, Traducido por Carlos Rodríguez Brawn, Año original 1776, Año traducción 2016.
191. Solís González José Luis, (2008) "Estado y Capital. Los Limites de la Intervención Estatal y el Capitalismo Global", Revista Trayectorias, Vol. X, No. 26, Pág. 53-65, Monterrey, México, enero – junio del año 2008.
192. Soto Carrillo G, (2009), "Regulación por precios tope", Revista Economía Vol. XXXII, No. 63, Semestre enero-junio, Pág. 79-102.
193. Spencer M. H, (1993), "Economía Contemporánea", traducido por Berta Morata, Editorial Reverté, Barcelona España.
194. Steinberg Federico, (2004), "La Nueva Teoría del Comercio Internacional y la Política Comercial Estratégica", Universidad Autónoma de Madrid, Madrid – España.
195. Stigler George J, (1964), "El Economista y el Estado", American Economic Association en la ciudad de Chicago el 29 de diciembre de 1964. Traducido con la debida autorización, de American Economic Review. marzo 1965.
196. Stiglitz Joseph E, (2000), "La Economía del Sector Público", Tercera edición, Antoni Bosch Editor, traducido por Esther Rabasco y Luis Toharia, Barcelona – España.
197. Suarez Fernández, Demetrio Ramos, (1989), "Historia General de España y América, Reformismo y Progreso en América (1840 – 1905)", Tomo XV, Ediciones Rialp S.A., Madrid – España.
198. Taborda Ríos Rodrigo (2005), "Curso de Macroeconomía", Casa Editorial Universidad del Rosario, Primera Edición, Bogotá – Colombia.
199. Tamames Ramon, (2020) "La política del agua en España (III) La regulación de los servicios de abastecimiento y saneamiento", artículo escrito para el Ágora, diario del Agua, artículo obtenido del link: https://www.elagoradiario.com/la-mirada-del-agua/la-regulacion-de-los-servicios-de-abastecimiento-y-saneamiento-en-espana/#_ftn1, el 03 de noviembre de 2020.
200. Tenara Ramírez Felipe, (1947) "LA CRISIS DE LA DIVISIÓN DE PODERES", texto de la conferencia pronunciada el 24 de octubre de 1946 en el ilustre y Nacional Colegios de Abogados, Escuela Nacional de Jurisprudencia, México, (año 1947)

201. Universidad de Antioquia, Historia Socioeconómica General III, Reformas Liberales del Medio Siglo, tomado de: <http://docencia.udea.edu.co/regionalizacion/irs-406/contenido/reformas.html>
202. Universidad Nacional de Colombia, Regeneración y Catástrofe, Revista digital Historia de Colombia, Capitulo 8, recuperado de: <http://bibliotecanacional.gov.co/es-co/proyectos-digitales/historia-de-colombia/libro/capitulo8.html>
203. Uprimny Salazar Catalina, (2006), "Las Comisiones de Regulación: El punto medio de las Agencias Independientes en Colombia", Univ. Estud. Bogotá (Colombia) N° 3: 225-245, junio de 2006.
204. Urrejola S, (1999), "Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales ", Tomo XCVI, N°1: Enero – Abril, Editorial Jurídica de Chile, Chile.
205. Uribe V, Diego, (1992), "La Constitución de 1991 y el ideario liberal", Primera Edición, Universidad Nacional, Bogotá – Colombia.
206. Usategui José Maria, (1999), "información asimétrica y mecanismos de marcado", Revista Ekonomiaz No. 45, Revista Vasca de Economía. País Vasco – España.
207. Vargas Alzate Luis, (2009), "La República de Colombia, un Estado Social del Derecho que se identifica por resultados positivos en materia económica". Universidad EAFIT. Medellín, Colombia
208. Vargas Uribe Diego, (1995), "La Constitución de 1991 y el Ideario Liberal, Universidad Nacional de Colombia", Facultad de Derecho, Ciencias políticas y sociales, Bogotá – Colombia, Segunda Edición Año 1995.
209. Varian, H. R. (2001). Microeconomía Intermedia. Un enfoque actual. Antoni Bosch, Barcelona. Capítulo 25.
210. Vela Lindon Meléndez, (2012), "DISCRIMINACIÓN DE PRECIOS", Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo, Facultad de Ciencias Económicas, Administrativas y Contables, Lambayeque - Perú.
211. Villar, A. (2003), "Alternativas y soluciones al problema económico del agua", Anales de Economía Aplicada 2003, Almería.
212. Villoria Manuel, Navarro Carmen y Pano Esther, "*La Remunicipalización de la gestión del agua en España: barreras legales frente a narrativas exitosas*", Revista CLAD Reforma y Democracia, Numero 76, 2020.
213. Vírgala Foruría Eduardo, (2004), "Agencias y Agencias Reguladoras en la Comunidad Europea", La Constitución Económica Europea, Universidad del País Vasco.
214. ¹ Vírgala Foruria Eduardo, (2011), "*Las Agencias Reguladoras de la UE*", Editorial Comares, Albolote – España.
215. ¹ Vogelsang, I. (1989): "Two-part tariffs as regulatory constraints". Journal of Public Economics; 39, 45-66.

- 216. Von Mises Ludwig, (1927), "El liberalismo", publicada por Sheed Andrews and McNeel, Inc, sexta edición traducida por Joaquín Reig Albiol.
- 217. Von Mises Ludwig, (2001), "Crítica del Intervencionismo", Unión Editorial.
- 218. Warsh David, (2006), "El Conocimiento y Riqueza de las Naciones", Editorial Universidad de Alcalá, traducido por M^o Esther Rabesco, Alcalá – España.
- 219. Younes Moreno Diego, (2014) "Panorama de las Reformas del Estado y de la Administración Pública", Editorial Universidad del Rosario, Colección textos de jurisprudencia, Bogotá – Colombia.
- 220. Zuluaga Gil Ricardo, (2014) "La Reforma de 1910, Reconstituyendo el País", Blog Crónica Constitucional, octubre de 2014, Recuperado de: <http://ricardozuluagagil.blogspot.com/2014/10/la-reforma-de-1910-reconstituyendo-el.html>
- 221. Zuluaga Gil Ricardo, (2015), "Enmienda Constitucional de 1945, Una Reforma Complementaria", Crónica Constitucional, 11 de junio del Año 2015, recuperado de: <http://ricardozuluagagil.blogspot.com/2015/06/enmienda-constitucional-de-1945-una.html>

222. SENTENCIAS:

- 223. Sentencia Corte Constitucional Colombiana T-406 de 1992, Magistrado Ponente Doctor Ciro Angarita Barón.
- 224. Sentencia Corte Constitucional, C 449 de 1992, Magistrado Ponente Doctor Alejandro Martínez Caballero.
- 225. Sentencia Corte Constitucional, C 580 de 1992, Magistrado Ponente Doctor Fabio Morón Díaz.
- 226. Sentencia Corte Constitucional, C-021 de 1994, Magistrado Ponente Doctor Antonio Barrera Carbonell.
- 227. Sentencia Corte Constitucional, T-036 de 1995, Magistrado Ponente, Doctor Carlos Gaviria Díaz
- 228. Sentencia de la Corte Constitucional, C – 178 de 1995, Magistrado Ponente: Doctor, Fabio Moron Diaz.
- 229. Sentencia de la Corte Constitucional, C – 086 de 1998, Magistrado Ponente Jorge Arango Mejía.
- 230. Sentencia Corte Constitucional, C 272 de 1998, Magistrado Ponente Doctor Alejandro Martínez Caballero.
- 231. Sentencia Corte Constitucional, C-208 de 2000, Magistrado Ponente Doctor Antonio Barrera Carbonell.
- 232. Sentencia Corte Constitucional, C 1162 de 2000, Magistrado Ponente Doctor José Gregorio Hernández.
- 233. Sentencia Corte Constitucional, C-1371 de 2000, Magistrado Ponente Doctor Álvaro Tafur Galvis.
- 234. Sentencia Corte Constitucional, T - 637 de 2001, Magistrado Ponente Doctor Manuel José Cepeda.

235. Sentencia Corte Constitucional, C-041 de 2003, Magistrado Ponente Doctor Jaime Córdoba Triviño.
236. Sentencia Corte Constitucional, C 150 de 2003, Magistrado Ponente Manuel José Cepeda.
237. Sentencia del Consejo de Estado, No. 05354 de 2007 de la Sección Tercera, Consejera Ponente Doctora Ruth Stella Correcha Palacio.
238. Sentencia Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C-955 de 2007, expedientes D-6842 y D-6843 acumulados Magistrado Ponente: Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA.
239. Sentencia del Consejo de Estado, No. 282 de 2008, Sección Primera, Consejero Ponente el Doctor Guillermo Vargas Ayala.
240. Sentencia Corte Constitucional Colombiana, C 228 de 2010, Magistrado Ponente Doctor Luis Ernesto Vargas Silva.
241. Sentencia Corte Constitucional T-552 de 2011, Magistrado Ponente Doctor Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
242. Consejo de Estado de Colombia, fallo 917 de 2011, consejero ponente el doctor Enrique Gil Botero.
243. Sentencia Consejo de Estado No. 20683 de 2011, Sección Tercera, Consejera Ponente la Doctora Olga Mélida Valle de la Hoz
244. Sentencia Corte Constitucional Colombiana T-740 de 2011, Magistrado Ponente Doctor Humberto Antonio Sierra Porto.
245. Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana, C-032 de 2017, Magistrado Ponente, Alberto Rojas Ríos.
246. Sentencia del Consejo de Estado No. 00699 de 2019, Sección Tercera, Consejero Ponente la Doctor Alberto Montaña Plata
247. Sentencia Consejo de Estado, No. 42003 de 2020, Sección Tercera, Consejero Ponente Doctor Alberto Montaña Plata.

