

Control jurídico de la regulación de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado durante la pandemia por COVID-19

CAMILO PERDOMO VILLAMIL¹

RESUMEN

La regulación de los servicios públicos domiciliarios, tanto en escenarios de normalidad como en las circunstancias atípicas actuales de pandemia, debe buscar la armonización de todos los intereses presentes en dichos mercados, en procura de garantizar tanto la dimensión social como la económica de estos servicios. Sin embargo, las medidas regulatorias introducidas para atender y gestionar la pandemia por COVID-19, en materia del servicio público de acueducto y alcantarillado, parecen haber favorecido de manera desproporcionada su dimensión social, aumentando los riesgos de lesionar la dimensión económica y los intereses de los prestadores del servicio. En este contexto, cobra importancia el control jurídico (judicial y no judicial) como herramienta que permita verificar si las medidas de reconexión inmediata,

1 Doctor en Ciencias Jurídicas, Universidad de Bolonia, Bolonia, Italia. Docente investigador del Departamento de Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia. Correo-e: camilo.perdomo@uexternado.edu.co. Enlace ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4717-3369>. Fecha de recepción: 2 de febrero de 2021. Fecha de modificación: 10 de abril de 2021. Fecha de aceptación: 10 de mayo de 2021. Para citar el artículo: PERDOMO VILLAMIL, CAMILO, "Control jurídico de la regulación de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado durante la pandemia por COVID-19", *Revista digital de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, n.º 26, 2021, pp. 49-90. DOI: <https://doi.org/10.18601/21452946.n26.03>.

pago diferido, prohibición de suspensión o corte e imposibilidad de incremento tarifario, adoptadas con ocasión de esta crisis, respetaron los parámetros de validez y eficacia que guiaban el ejercicio de los poderes de regulación.

Palabras clave: regulación económica, servicios públicos domiciliarios, control jurídico, control de resultados, responsabilidad civil extracontractual del Estado.

Legal Control of the Regulation of Water Supply and Sewage During the COVID-19 Pandemic

ABSTRACT

The regulation of public utilities, both in normal scenarios and in the current atypical circumstances of pandemic, must seek to harmonize all interests present in such markets and to ensure both the social and economic dimensions of these services. However, the regulatory measures adopted in the markets of water supply and sewage to address and manage the COVID-19 pandemic seem to have disproportionately favored its social dimension, increasing the risks of damaging the economic aspect and the interests of service providers. In this context, judicial and non-judicial control becomes an important tool to verify whether the measures of immediate reconnection, deferred payment, prohibition of suspension and/or cut-off, and the impossibility of rate increase, adopted as a result of this crisis, respected the parameters of validity and effectiveness that guide the exercise of regulatory powers.

Keywords: Economic regulation, Public utilities, Legal Control, Outcome Control, Civil Tort Liability of the State.

INTRODUCCIÓN

La prestación eficiente, continua, de calidad y con buena cobertura de los denominados servicios públicos domiciliarios (en adelante, SPD) constituye una de las principales exigencias constitucionales en nuestro ordenamiento jurídico². Estos parámetros de prestación no son de creación reciente y, en

2 “Rolland considera como *caractères communs à tous les services publics* la continuidad, adaptabilidad y la igualdad. Con la primera se quiere indicar que la prestación del servicio público no puede tolerar interrupciones; la adaptabilidad, más que la posibilidad que tiene la Administración pública, se refiere a la necesidad de adecuar la prestación del servicio a las necesidades del ciudadano; finalmente, la igualdad busca el equilibrio en el

realidad, su surgimiento puede datarse en el mismo momento histórico en que se dieron las primeras teorizaciones sobre los servicios públicos³. Así, calidad, continuidad y cobertura han sido consideradas como elementos característicos de los servicios públicos desde la famosa escuela de Burdeos y es posible afirmar que, con base en ellos, se estructuraron los fundamentos de lo que actualmente, en nuestro ordenamiento jurídico, se conoce como la "dimensión social" de los servicios públicos⁴. En este contexto, y luego de superada la etapa histórica y conceptual de "crisis del concepto de servicio público"⁵ que, entre otras, demostró la posibilidad de que también los particulares prestaran dichos servicios, poniendo de presente la dimensión económica que también les es inherente, se puede considerar que la principal novedad de nuestro ordenamiento jurídico constitucional radica en la orden de armonizar los objetivos económicos y no económicos presentes en la prestación de los servicios públicos, en otras palabras, armonizar su dimensión social y económica.

tratamiento de los usuarios de un mismo servicio. A estos se han sucedido, con ocasión del trabajo de algunos doctrinantes, otros principios que, pese a referir importantes situaciones a propósito de los servicios públicos, no han tenido la misma incidencia que las *Lois du Rolland*, al menos en términos de uniformidad doctrinaria. De Laubadère introdujo el de la "neutralidad", Latournerie el de la "adecuación y proporcionalidad de medio a los fines" y Hauriou los de "moralidad" y la "gratitud". Sobre la efectividad jurídica de estos principios se argumenta doctrinariamente que tienen carácter "infra-legal" y "suprareglamentario"; es decir, se encuentran en una situación de vigencia hasta tanto la Constitución o la ley no señale algo distinto, lo cual implica que el legislador no tiene necesidad de respetarlos, como sí tiene que hacerlo la Administración pública". ALBERTO MONTAÑA, *El concepto de servicio público en el derecho administrativo*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005, pp. 148-149.

- 3 En relación con los servicios públicos como justificante del derecho administrativo, se afirma que "el distinguido constitucionalista León Duguit, en el seno de la conocida escuela de los servicios públicos o de Burdeos, señaló que estos eran la razón misma de la existencia del Estado y, en última instancia, el poder público se justificaba por ellos. Esta idea de Estado llevada a un plano jurídico administrativo implicaba que este resultaba procedente en cuanto era un régimen idóneo para permitir la prestación armónica de unos servicios que se orientaban, entre otros, por los principios de igualdad, permanencia y continuidad". ALBERTO MONTAÑA, *Fundamentos de derecho administrativo*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010, pp. 48-49.
- 4 "Las finalidades públicas comprometidas con los servicios públicos no se desvanecen a partir de la dimensión económica que estos adquieren y por lo tanto continúa vigente la procedencia del derecho administrativo como garante de las finalidades públicas inherentes al desarrollo de esta actividad, siempre que el derecho común y las reglas de mercado no resulten suficientes para dar cabal desarrollo a la dimensión social de los servicios públicos". ALBERTO MONTAÑA, *El concepto de servicio público en el derecho administrativo*, p. 184.
- 5 En relación con la crisis del servicio público, véase ALBERTO MONTAÑA, *Fundamentos de derecho administrativo*, pp. 144 y ss.

Dicha armonización, en el marco de nuestra normativa constitucional, se debe materializar a través de la actividad administrativa de regulación económica⁶ que, precisamente, busca satisfacer, en paralelo, las finalidades de interés general (servicio público) y las de interés particular (esencialmente económico). En este orden de ideas, sobre la base del vínculo indisoluble y necesario entre actividades y estructuras administrativas⁷, la norma constitucional también soporta la existencia de distintas entidades y órganos encargados de materializar la actividad administrativa de regulación económica de los servicios públicos económicos: entre estas, se pueden enunciar, el Congreso de la República, el presidente de la República y las comisiones de regulación de los SPD.

En este contexto constitucional, con ingredientes muy variados, marcado por la liberalización en la prestación de los servicios públicos, pero con exigencias y garantías de índole social, resulta claro que las reglas de oferta y demanda del mercado pueden no satisfacer adecuadamente las referidas dimensiones social y económica de los SPD. Por tanto, el reto radica en introducir medidas regulatorias que permitan armonizar los referidos objetivos, intereses o dimensiones constitucionales económicos con aquellos no económicos. De este modo, resultaría contraria a la finalidad constitucional de la regulación la introducción de cualquier tipo de medida que privilegiara exclusiva o desproporcionadamente una de las dimensiones de los SPD.

La referida tensión entre las dimensiones de los SPD se agudizó con ocasión de la pandemia por COVID-19 y, particularmente, por la necesidad de garantizar el acceso eficaz a los SPD de acueducto y alcantarillado como medida inmediata, y científicamente avalada, para atenuar la expansión del virus, prevenir nuevos contagios y gestionar la pandemia, mientras se producía la vacuna. Entonces, de manera lógica, para satisfacer las anteriores

6 La regulación económica es una actividad, en virtud de la cual el Estado interviene sobre la economía "pero no con la finalidad de las tradicionales actividades de intervención, sino procurando, en un contexto de economía de mercado, la armonización de objetivos económicos con los no económicos, en últimas, persiguiendo la realización y concreción de las garantías y derechos constitucionalmente reconocidos mediante actividades con connotación económica". CAMILO PERDOMO VILLAMIL, *Regulación económica. Caracterización y control*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, p. 63.

7 "La organización debe ocupar un lugar central en el estudio del derecho administrativo, sobre todo si se tiene en cuenta que lo estructural es consustancial a la actividad administrativa. De hecho, podemos afirmar que se trata una verdadera dialéctica en la que se presenta una relación de medio a fin, ya que su objeto es precisamente el diseño y puesta en funcionamiento de las maneras o formas de gestión de potestades, atribuciones y competencias administrativas". JORGE IVÁN RINCÓN CÓRDOBA, *La teoría de la organización administrativa en Colombia*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018, pp. 31-32.

finalidades, era necesario introducir medidas regulatorias que, tal como se indicó, garantizaran armonización entre los objetivos e intereses económicos y no económicos, de forma tal que la intervención estatal no generara alguna distorsión entre las dimensiones social y económica de los SPD.

Sin embargo, las medidas adoptadas de reconexión inmediata, pago diferido, prohibición de suspensión o corte, e imposibilidad de incremento tarifario, las cuales constituyen el objeto de nuestro estudio, parecen haber privilegiado la dimensión social del SPD de acueducto y alcantarillado, sin introducir garantías suficientes para la actividad económica que constituye dicho servicio. Esta premisa puede ser demostrada a través del análisis de los medios de control jurídico (judicial y no judicial) que se desplegaron o que se pueden desplegar sobre las medidas regulatorias, los cuales ponen en evidencia problemas de validez, riesgos de daños antijurídicos, no consecución de los resultados previstos y deficiencias en la calidad regulatoria.

Para desarrollar la anterior premisa, este documento se estructura así: en primer lugar, se expondrán los presupuestos conceptuales y normativos cardinales en relación con la prestación de SPD y la intervención estatal regulatoria (1); a su turno, se examina el contenido de las medidas regulatorias adoptadas por los distintos actores públicos, en relación con los SPD de acueducto y alcantarillado, para atender, gestionar y mitigar la pandemia por COVID-19 (2). Acto seguido, se identifican las razones que soportan la necesidad y justificación del control jurídico desplegado sobre la actividad regulatoria (3), lo cual servirá de base para analizar, por un lado, los resultados producidos o que se pueden producir en ejercicio del control judicial y, por el otro, aquellos derivados o que se pueden derivar del control no judicial (4). Unos y otros servirán para demostrar, a modo de conclusión, que en los SPD de acueducto y alcantarillado se introdujeron medidas regulatorias que no rompen con el necesario equilibrio entre los objetivos económicos y no económicos presentes en dicho mercado (5).

1. PRESUPUESTOS CONCEPTUALES Y NORMATIVOS DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS Y LA INTERVENCIÓN ESTATAL REGULATORIA

Las bases constitucionales para la prestación de los servicios públicos plantearon una modificación sustancial de su régimen jurídico, evidente en materia de los SPD. Lo anterior, pues, a través del mismo texto constitucional

(artículo 365 de la Constitución Política⁸) y de una norma con rango legal (artículos 10^[9] y 15^[10] de la Ley 142 de 1994) se liberalizó su prestación, cesó el monopolio público en esos mercados y, con ello, se generó un régimen jurídico en el cual confluyen, en paralelo, objetivos o intereses económicos, especialmente de los prestadores, con no económicos, esencialmente de los usuarios: es lo que la doctrina ha calificado como dimensiones económica y social de los servicios públicos.

De este modo, la doble dimensión que constitucionalmente les fue conferida a los SPD, como tarea o responsabilidad social del Estado, pero también como un frente abierto a la iniciativa privada y a la libre competencia, expresan la apuesta del constituyente por un modelo contemporáneo de gestión de este importante asunto. Este escenario se traduce en un modelo de intervención estatal e iniciativa privada en los SPD, el cual no es más que una proyección concreta del modelo que, a una escala macro, en toda la Constitución económica, instituyó el constituyente de 1991, fuertemente influenciado por la idea que el rol interventor del Estado en la economía no puede más que armonizarse con la garantía de libertad económica privada, como estrategia para garantizar el buen funcionamiento de la economía social de mercado.

De aquí que a la par que se proclama la garantía de la propiedad privada, se expresa que ella es una función social que implica obligaciones (artículo

8 "Artículo 365. Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. 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".

9 "Artículo 10. Libertad de empresa. Es derecho de todas las personas organizar y operar empresas que tengan por objeto la prestación de los servicios públicos, dentro de los límites de la Constitución y la ley".

10 "Artículo 15. Personas que prestan servicios públicos. Pueden prestar los servicios públicos:

15.1. Las empresas de servicios públicos.

15.2. Las personas naturales o jurídicas que produzcan para ellas mismas, o como consecuencia o complemento de su actividad principal, los bienes y servicios propios del objeto de las empresas de servicios públicos.

15.3. Los municipios cuando asuman en forma directa, a través de su administración central, la prestación de los servicios públicos, conforme a lo dispuesto en esta Ley.

15.4. Las organizaciones autorizadas conforme a esta Ley para prestar servicios públicos en municipios menores en zonas rurales y en áreas o zonas urbanas específicas.

15.5. Las entidades autorizadas para prestar servicios públicos durante los períodos de transición previstos en esta Ley.

15.6. Las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional que al momento de expedirse esta Ley estén prestando cualquiera de los servicios públicos y se ajusten a lo establecido en el parágrafo del artículo 17".

58 de la Constitución); de forma similar a lo que ocurre con las libertades y los derechos proclamados por el artículo 333 de la Constitución, cuya relación con la consecución de objetivos de interés general es bastante estrecha; como se evidencia en el ámbito de los servicios públicos, en cualquiera de sus ramos. Así, pese a que se habilita la entrada de particulares al ejercicio de esta actividad, con lo cual se abre este sector a la iniciativa privada y a la libertad de empresa, ello va acompañado de una serie de deberes, cargas y condiciones que permiten singularizar esta actividad económica y desgajarla del resto de emprendimientos privados, dotándola de la dimensión social a la que se ha hecho referencia. Entonces, en Colombia, prestar servicios públicos es una actividad económica; pero no es una actividad económica cualquiera.

Las anteriores precisiones conceptuales son importantes para el estudio que se lleva a cabo, en tanto ponen de manifiesto que la satisfacción de las finalidades públicas inherentes a la prestación de los SPD públicos puede adelantarse por medio del ejercicio de la iniciativa privada, en desarrollo de los derechos de libertad de empresa y de libre competencia (artículo 333 de la Constitución). En consecuencia, desde ningún punto de vista podría hoy considerarse que la dimensión económica que subyace a la prestación de los servicios públicos se opone o niega las finalidades públicas o la dimensión social que es propia al especial régimen constitucional que enmarca la actividad de servicio público. Bajo la lógica del Constituyente, aquella es un vehículo o un instrumento para la materialización de esta última.

Lo anterior es particularmente relevante en relación con los SPD, como una de las categorías o tipologías de servicios públicos, respecto de los cuales el artículo 367 de la Constitución Política establece que "La ley fijará las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación, y el régimen tarifario que tendrá en cuenta además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos. Los servicios públicos domiciliarios se prestarán directamente por cada municipio cuando las características técnicas y económicas del servicio y las conveniencias generales lo permitan y aconsejen, y los departamentos cumplirán funciones de apoyo y coordinación. La ley determinará las entidades competentes para fijar las tarifas".

Sin embargo, la Constitución Política no los define y, por tanto, se debe acudir a la jurisprudencia de la Corte Constitucional que, desde 1992, los ha entendido como "aquellos que se prestan a través del sistema de redes físicas o humanas con puntos terminales en las viviendas o sitios de trabajo de los usuarios y cumplen la finalidad específica de satisfacer las necesidades esenciales de las personas"¹¹. Además, según el artículo 14.21 de la Ley 142

11 Corte Constitucional, sentencia T-578 de 3 de noviembre de 1992, expediente T-1848. Es importante resaltar que la definición acuñada por la jurisprudencia constitucional

de 1994, la categoría de los SPD se compone por “los servicios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, telefonía pública básica conmutada, telefonía móvil rural y distribución de gas combustible”.

En este orden de ideas, la prestación de los SPD de acueducto y alcantarillado, a semejanza de los demás servicios así catalogados, se realiza en el marco de tensión de los intereses económicos y no económicos o de las dimensiones económica y social. En este sentido, como manifestación de esas dimensiones tanto la Constitución Política como la Ley 142 de 1994 prevén elementos que son manifestación de ambas dimensiones, en procura de que sean materializadas y garantizadas en contemporáneo. De ahí que podamos referir, a efectos de este artículo y como concreción de la dimensión económica indicada, el régimen jurídico de los actos de los prestadores de los SPD, la naturaleza del contrato de prestación del SPD –contrato de condiciones uniformes– y la naturaleza onerosa (no gratuidad) de la prestación.

En relación con el primer aspecto, el legislador decidió que el régimen jurídico de los actos para la prestación de los servicios públicos domiciliarios sea el derecho privado, aunque con específicas e importantes dosis de derecho público. Es decir, la regla general es la aplicación del derecho privado a los actos de las empresas¹², pero, excepcionalmente, también se regirán por el derecho público, lo cual se deriva claramente de los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994^[13]. En este sentido, en reciente sentencia de unificación del Consejo de Estado se consideró que:

Los artículos 31 y 32 de la Ley 142 de 1994 [...] establecieron, por regla general, un régimen de derecho privado para los “contratos” y para los “actos” de los prestadores de servicios públicos domiciliarios. Con base en dichas normas, es el entendimiento de esta Sala que, salvo los puntuales casos previstos en la Ley en los que se entiende pueden proferirse actos administrativos, los actos jurídicos precontractuales y los contractuales emitidos por los prestadores de servicios públicos domiciliarios no pueden estimarse como tales. [...] La naturaleza privada de este tipo de actos y su consecuente régimen jurídico civil y comercial, no obsta para que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, deban observarse, de manera compatible con lo anterior, los principios que orientan la función administrativa. Tal observancia, como lo pone en

también ha sido acogida por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, al respecto, véase Concepto SSPD-OAJ-2012-009 de 2012.

12 Así lo entiende también la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, en Concepto Unificado SSPD-OJU-2010-12. Véase https://normograma.info/sspdd/docs/concepto_superservicios_sspd_oju-2010-20.htm#INICIO

13 Declarados exequibles por la Corte Constitucional en sentencia C-066 de 11 de febrero de 1997, expediente D-1394.

evidencia la redacción de esta disposición, no desnaturaliza el régimen jurídico descrito y, por ende, en los términos expuestos, la naturaleza de sus actos.¹⁴

A su turno, el segundo aspecto es la naturaleza jurídica del contrato de prestación del SPD, estrechamente ligado con el régimen jurídico de los actos de los prestadores. A este respecto, el denominado contrato de condiciones uniformes es definido, en el artículo 128 de la Ley 142 de 1994, a través de características típicas de cualquier contrato regido por el derecho privado: "Es un contrato uniforme, consensual, en virtud del cual una empresa de servicios públicos los presta a un usuario a cambio de un precio en dinero, de acuerdo a estipulaciones que han sido definidas por ella para ofrecerlas a muchos usuarios no determinados.// Hacen parte del contrato no solo sus estipulaciones escritas, sino todas las que la empresa aplica de manera uniforme en la prestación del servicio. Existe contrato de servicios públicos aun cuando algunas de las estipulaciones sean objeto de acuerdo especial con uno o algunos usuarios". Con base en esta definición, y tal como lo reconoció la Corte Constitucional¹⁵ antes de la entrada en vigor de la Ley 142 de 1994, "no es entonces exótico que la relación jurídica entre usuario y empresa de servicios públicos sea simultáneamente estatutaria y contractual. En materia de servicios públicos domiciliarios, por el contrario, esta es la regla general, debido a que su prestación involucra derechos constitucionales –salud, educación, seguridad social, etc.– y su reglamentación administrativa obedece a intereses públicos determinados, quedando reservada su gestión, control y vigilancia a los organismos del Estado". Por tanto, la naturaleza jurídica de dicho contrato y del vínculo jurídico que de él se deriva tiene también dosis de derecho privado, ligadas con la teoría del negocio jurídico y la teoría del contrato, pero también importantes dosis de derecho público. Es un tipo de contrato especial, regido por normas de derecho público y, al mismo tiempo, por el derecho común (Código Civil y Código de Comercio)¹⁶.

Asimismo, el carácter oneroso de la prestación del servicio, derivada de una de las características del contrato de condiciones uniformes, también

14 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 3 de septiembre de 2020, radicado n.º 25000-23-26-000-2009-00131-01(42003).

15 Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-540 de 24 de septiembre de 1992, expediente T-3126.

16 Esta naturaleza especial del Contrato de Condiciones Uniformes ha sido reiteradamente reconocida por la Corte Constitucional. Al respecto, véase sentencias C-263 de 13 de junio de 1996, expediente D-1059; C-1162 de 6 de septiembre de 2000, expediente D-2863; C-389 de 22 de mayo de 2002, expediente D-3765. Igualmente, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios ha analizado la naturaleza jurídica del contrato de prestación del servicio y de la relación usuario-empresa en Concepto Unificado SSPD-OJU-2010-12. Recuperado de https://normograma.info/ssppdd/docs/concepto_superservicios_sspd_oju-2010-12.htm

constituye una manifestación de la dimensión económica de los SPD toda vez que implica, tal como lo dispone el artículo 128 de la Ley 142 de 1994, que la "empresa de servicios públicos los presta a un usuario a cambio de un precio en dinero". A la luz del derecho común, y según el artículo 1497 del Código Civil, es posible afirmar que el carácter oneroso del contrato de prestación de los SPD implica la recepción mutua de utilidad por parte de ambos contratantes, gravándose cada uno en beneficio del otro. Al respecto, la Corte Constitucional ha indicado que la relación contractual en los SPD es "de carácter oneroso, pues implica que por la prestación del servicio público domiciliario el usuario debe pagar a la empresa respectiva una suma de dinero. En efecto, dentro de la concepción del Estado social de derecho debe tenerse en cuenta que los servicios públicos domiciliarios tienen una función social, lo cual no significa que su prestación deba ser gratuita pues el componente de solidaridad que involucra implica que todas las personas contribuyen al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado a través de las empresas prestadoras de servicios públicos, dentro de conceptos de justicia y equidad (C. P. artículos 95-9 y 368). Carácter oneroso de los servicios públicos domiciliarios que también se evidencia al establecer la Ley 142 de 1994 un régimen tarifario"¹⁷.

De este modo, si la prestación de los SPD es onerosa, por consiguiente, existe una prohibición a la gratuidad, de modo tal que, como lo reconoció la Corte Constitucional, se ha producido un "abandonado del concepto de servicios públicos gratuitos que tantas expectativas causó en los comienzos del Estado social de derecho. [...] Actualmente los servicios públicos son onerosos, surgiendo la obligación para las personas y los ciudadanos de contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de justicia y equidad (C. P. artículos 95-8 y 368)"¹⁸. Por lo tanto, el carácter oneroso implica que la prestación del SPD en forma regular, continua y eficiente, por parte del prestador, obliga al pago de un precio en dinero por parte del usuario y, se reitera, la no gratuidad¹⁹. Este carácter, que se opone al gratuito y supone que el contrato reporta utilidades a todas las partes contractuales, para el caso que nos ocupa, la recepción del servicio a cambio de la recepción del precio, y no solamente utilidad para una de ellas y un gravamen para la otra, para el caso que nos ocupa, la recepción del servicio a cambio de ninguna contraprestación.

17 Corte Constitucional, sentencia C-389 de 22 de mayo de 2002, expediente D-3765.

18 Corte Constitucional, sentencia C-580 de 5 de noviembre de 1992, expediente D-058.

19 El carácter oneroso y la correlativa no gratuidad ha sido puesta de presente, de manera sistemática, por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. Al respecto, véase Concepto Unificado SSPD-OJU-2010-12; conceptos 188 de 2017, 672 de 2012, 615 de 2012, 341 de 2012 y 656 de 2011, entre otros.

A su turno, como concreción de la dimensión social se podría referir, a título enunciativo, las garantías constitucionales y legales de prestación de los SPD y el régimen de protección de los usuarios. En efecto, siguiendo la lógica atrás referida, el artículo 366 de la Constitución Política señala que dentro de las obligaciones sociales del Estado se encuentran, entre otras, la solución de necesidades insatisfechas de saneamiento ambiental y de agua potable. A su turno, el artículo 367 de la Constitución establece que, a través de la ley, además de fijar las competencias y responsabilidades, se establecerán las condiciones de cobertura, calidad, financiación y el régimen tarifario de los SPD, en el que, de manera expresa, se exige sean tenidos en cuenta, además del criterio de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos.

En esa línea, el artículo 2 de la Ley 142 de 1994 establece los fines que deben orientar la intervención del Estado en este campo (*v. gr.* calidad del bien objeto del servicio público y su disposición final para asegurar el mejoramiento de la calidad de vida de los usuarios; ampliación de la cobertura; prestación eficiente, continua e ininterrumpida; tarifas accesibles, etc.). El artículo 4, por su parte, señala que todos los servicios públicos de los que trata esta ley, se considerarán servicios públicos esenciales. Asimismo, el artículo 134 proclama el derecho de cualquier persona capaz de contratar, que habite o utilice de modo permanente un inmueble, a recibir los servicios públicos domiciliarios al hacerse parte de un contrato de servicios públicos. Estas manifestaciones de la dimensión social no son nada distinto a la concreción de las características conceptuales de un Estado social de derecho, como el colombiano, donde la igualdad material, la solidaridad, la satisfacción de necesidades básicas insatisfechas, la reducción de las brechas sociales y demás actividades similares conforman las finalidades sociales del Estado, las cuales implican la creación de estructuras administrativas y la asunción (y ampliación) de gasto público social²⁰.

La dimensión social de los SPD también se concreta en el régimen de protección de los usuarios. Precisamente, en la relación prestador-usuario se evidencia un desequilibrio, propio de un escenario de mercado liberalizado, en el cual "existe una parte que no puede obviar la prestación, por tratarse de servicios estrechamente conexos con sus necesidades básicas y calidad de vida, por no hablar de derechos fundamentales de todo tipo; la otra parte, en cambio puede verse afectada en términos económicos por la no celebración

20 "[...] la consideración constitucional de los principios de igualdad y solidaridad en un Estado social y de derecho nos indica una dirección bastante clara de finalidades y por ende de deberes del Estado, sean éstos o no identificables plenamente con los 'servicios públicos'. [...] la realización efectiva de estas finalidades implica muchas veces la intervención directa del Estado y esto ocasiona gastos". ALBERTO MONTAÑA. *El concepto de servicio público en el derecho administrativo*, pp. 69 y 70.

de un contrato pero de ningún modo necesita de la celebración del mismo para 'sobrevivir' y poder desarrollarse dignamente"²¹.

Por último, puesta de presente la tensión entre objetivos económicos y no económicos en la prestación de los SPD, resulta relevante resaltar que el rol que detenta el Estado, a través de las diversas autoridades regulatorias, para procurar la armonización de esos dos conjuntos de objetivos, a veces contrapuestos. De este modo, también con soporte constitucional, la intervención del Estado en los mercados de SPD se surte a través de varias actividades²², sin embargo, a efectos de este documento interesa la regulación, pues es la actividad administrativa que, en el escenario liberalizado, tiene como finalidad armonizar los objetivos económicos y no económicos, es decir, atemperar los desequilibrios naturales, propios de la prestación de los SPD en un mercado liberalizado. De este modo, la pretensión última de la actividad regulatoria, ejercida por distintas autoridades²³, es impedir que una de las dos dimensiones de los SPD se sobreponga o anule a la otra. De esta manera, cualquier intervención regulatoria del Estado que no garantice la armonización de los intereses contrapuestos o que agudice el desequilibrio, alterando condiciones previas, debe considerarse inadecuada y contraria a las finalidades constitucionalmente perseguidas. En términos generales, el anterior es el marco dentro del cual se debería desplegar la actividad regulatoria, sea en escenarios de normalidad como en escenarios de anormalidad, tal como el que se deriva de la pandemia por COVID-19.

2. MEDIAS REGULATORIAS ADOPTADAS EN LOS MERCADOS DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO PARA ATENDER LA PANDEMIA POR COVID-19

Actualmente, luego de casi un año del inicio de la pandemia por COVID-19, sus efectos e implicaciones en la actividad cotidiana de la población son

21 *Ibid.*, pp. 110-111.

22 La intervención estatal en la prestación de los servicios públicos se concreta a través de diversas actividades. Así, el Estado puede ser prestador directo, debe establecer el régimen jurídico, debe asegurar su prestación, tiene la función regulatoria, puede reservarse determinados servicios (artículo 365 de la Constitución), y tiene la obligación de inspeccionar, vigilar y controlar la prestación a través de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (artículo 370 de la Constitución).

23 La regulación de los SPD, como actividad administrativa, no es ejercida exclusivamente por la rama ejecutiva o por la Administración pública (subjettivamente considerada). Por el contrario, desde una perspectiva material, la regulación es ejercida por el legislador, por la Administración pública, por los jueces y por las, en teoría, autoridades regulatorias independientes que, en nuestro ordenamiento, se denominan *comisiones de regulación*.

bien conocidos y, por tanto, también está sentado de forma unánime que, mientras no se genere la inmunidad a través de la vacunación, las medidas de gestión, mitigación y reducción de contagios giran en torno a la prevención: aislamiento, distanciamiento social, uso de tapaboca y lavado frecuente de las manos²⁴.

En este contexto, se torna determinante y necesario garantizar el acceso inmediato, efectivo, continuo y pleno a los SPD de acueducto y alcantarillado como mecanismo para garantizar el lavado de manos y, con ello, reducir el riesgo de contagios. De este modo, el rol de este servicio público en la lucha contra el COVID-19 agudiza la tensión entre los intereses económicos y no económicos, a los que se ha hecho referencia, pues supone la necesidad de introducir medidas regulatorias que privilegien la dimensión social, para garantizar el acceso pleno al servicio, pero que, al mismo tiempo, no anulen o desconozcan la dimensión económica. Es decir, así como no es admisible el desconocimiento de la dimensión social de los servicios públicos, concibiéndolos como simples actividades económicas²⁵, tampoco se puede permitir, so pretexto de la protección de la dimensión social, anular las garantías derivadas de la dimensión económica. Esta lógica aplica para tanto para los escenarios de tensión "normal", como para los que vivimos, con tensión más marcada.

Siguiendo la tendencia de otros países, en nuestro ordenamiento jurídico se declaró a inicios de 2020 el estado de emergencia sanitaria a través de la Resolución 385 de 12 de marzo de 2020^[26], luego de que la Organización

24 Este panorama, de efectos del COVID-19 y de la forma de gestionarlo, mientras se logra la inmunidad a través de la vacunación, es ampliamente divulgado por entidades nacionales y transaccionales como las entidades y organismos de la rama ejecutiva colombiana, la Organización Mundial de la Salud y la Organización Panamericana de la Salud. Ello se puede verificar en sus portales web.

25 Algún sector de la doctrina nacional afirma que, luego de la crisis del concepto de servicio público, el resultado es la transformación de la naturaleza jurídica de las actividades que así eran catalogadas, en el sentido de adquirir una connotación de actividad económica. Así, se afirma que el concepto de "servicio público" no basta para construir sobre él todo el derecho administrativo; sin embargo, ante esa constatación recomienda descharlo, argumentando la ambigüedad e inconsistencia del mismo a la luz de la nueva ideología económica, que propugna por un mercado abierto a la competencia (liberalizado). De este modo, propugna por la extensión de la dimensión social de las actividades catalogadas como servicio público y, en consecuencia, declara la asunción omnicompreensiva de la dimensión económica. Al respecto, véase HUGO PALACIOS MEJÍA, "El inútil concepto de 'servicio público'. Notas para una crítica desde la perspectiva de 'Law and economics'", en *Derecho económico. Colección Enrique Low Murtra*, t. III, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001, pp. 93-104.

26 La emergencia sanitaria declarada con la Resolución 385 de 2020 se extendía hasta el 30 de mayo de 2020. Sin embargo, fue objeto de prorrogas sucesivas, la primera, a través de la Resolución 844 de 2020, hasta el 31 de agosto de 2020; la segunda, a

Mundial de la Salud declarara que, en virtud de la velocidad de propagación del virus del COVID-19, estábamos frente a una pandemia. Con base, entre otras razones, en la emergencia sanitaria, el Gobierno Nacional decreto el estado de emergencia económica, social y ecológica por 30 días, a través del Decreto Legislativo 417 de 17 de marzo de 2020^[27], en el cual se facultó al Gobierno para adoptar los decretos legislativos necesarias para "conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos, así mismo dispondrá las operaciones presupuestales necesarias para llevarlas a cabo".

En el marco de la legislación de emergencia dos autoridades regulatorias dieron inicio a la introducción de medidas en materia de los SPD de acueducto y alcantarillado, en procura de contribuir, como se ha dicho, a gestionar y mitigar los contagios del virus: el presidente de la República y la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico (en adelante CRA). En el contexto comentado, las medidas regulatorias debían privilegiar la dimensión social del servicio público para garantizar que todos los ciudadanos tuvieran acceso a SPD. Ello implicaría, en la materia de los SPD de acueducto y alcantarillado, excepcionar temporalmente el régimen jurídico de prestación, que contenía las medias normativas que armonizan en tiempos de "normalidad" los objetivos económicos y no económicos. Así, era lógica la introducción de medidas que impidieran la suspensión o corte del servicio por incumplimiento en el pago, excepcionando los artículos 140 y 141 de la Ley 142 de 1994; o que ordenaran la reinstalación/reconexión inmediata del servicio, sin obligar a eliminar la causa de suspensión o corte, excepcionando el artículo 142 de la Ley 142 de 1994; o que ordenaran el congelamiento de las tarifas, excepcionando los artículos 34.1 y 31.2 de la Ley 142 de 1994 y la normativa sectorial, expedida por la CRA, que regula la materia; o que permitieran el pago diferido de las facturas, excepcionando el régimen del vínculo entre el prestador y el usuario, y la naturaleza jurídica del contrato de prestación del servicio.

En este escenario de privilegio de la dimensión social, la principal, y casi única, carga que tenían las autoridades regulatorias, en virtud del régimen de tensión entre la dimensión económica y social de los SPD, era garantizar una protección mínima y proporcional de la dimensión económica, de forma tal que no se incrementaran los desequilibrios propios del mercado, se lesionaran los derechos de los prestadores o se pusiera en riesgo su garantía y materialización. De este modo, la CRA profirió las resoluciones 911 de 17

través de la Resolución 1462 de 2020, hasta el 30 de noviembre de 2020; y la tercera, a través de la Resolución 2230 de 2020, hasta el 28 de febrero de 2021.

27 Posteriormente, a través del Decreto Legislativo 637 de 6 de mayo de 2020, se declaró de nuevo el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica.

de marzo de 2020^[28], 915 de 16 de abril de 2020^[29], 918 de 6 de mayo de 2020^[30] y 936 de 30 de noviembre de 2020^[31].

En la primera de ellas adoptó, con base en sus competencias ordinarias (es decir, sin hacer uso de las competencias que luego se le otorgarían con base en los decretos legislativos expedidos para atender la emergencia económica, social y ecológica), las medidas de suspensión temporal de incrementos tarifarios en los servicios de acueducto y alcantarillado (artículo 2); la orden de reinstalación del servicio a los suscriptores residenciales suspendidos (artículo 3); la reconexión del servicio de acueducto a los suscriptores residenciales cortados (artículo 4); y la prohibición de suspensión o corte a los suscriptores residenciales (artículo 5). La vigencia de estas medidas se circunscribió al término de la declaratoria de la emergencia sanitaria, por causa del coronavirus COVID-19, declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social mediante la Resolución 385 de 12 de marzo de 2020 (artículo 12), que se extendió hasta el 30 de mayo de 2020 (artículo 1).

En la Resolución 915 de 2020, con base en sus competencias ordinarias, pero también con soporte en las facultades otorgadas por los decretos legislativos 417, 441, 528 y 580 de 2020, adoptó las medidas de pago diferido de la tarifa final del periodo facturado por los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo para los suscriptores o usuarios residenciales de estrato 1 a 4 (artículos 2 y 3); la opción de pago diferido de la tarifa final del periodo facturado para los suscriptores o usuarios industriales, comerciales y oficiales de estrato 5 y 6 (artículos 2 y 4); la potestad de los usuarios/suscriptores residenciales de estratos 1 al 4 de escoger si se acogen a la opción de pago diferido o si continúan pagando la facturación con normalidad, indicándose que la no realización del pago implica automáticamente la escogencia de la opción de pago diferido (artículo 6); la facultad para el prestador de reiniciar las acciones de suspensión o corte si se incumplen las condiciones de pago diferido luego del cese de la emergencia sanitaria (parágrafo 2 del artículo 6); la información mínima para el suscriptor o usuario en relación con el pago diferido y parámetros en relación con la tasa de financiación (artículos 7

- 28 Por la cual se establecen medidas regulatorias transitorias en el sector de agua potable y saneamiento básico, derivadas de la emergencia declarada por el Gobierno nacional a causa del COVID-19.
- 29 Por la cual se establecen medidas regulatorias transitorias para el pago diferido de las facturas de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado y del servicio público de aseo, en el marco de la emergencia declarada por el Gobierno nacional a causa del COVID-19.
- 30 Por la cual se modifica la Resolución 915 de 2020.
- 31 Por la cual se modifican los artículos 2.º, 5.º y 12 de la Resolución CRA 911 de 2020 y se adicionan los artículos 2A y 2B a la misma resolución, con el objeto de establecer los criterios del Plan de Aplicación Gradual y se dictan otras disposiciones.

y 8); la posibilidad para que los prestadores ofrezcan potestativamente un periodo de gracia a los suscriptores o usuarios residenciales de estratos 1 al 4 a partir de los dos meses siguientes a la finalización del término previsto para la emergencia económica, social y ecológica (artículo 9); la duración de los periodos de pago para los usuarios residenciales de estrato 1 y 2 de 36 meses, para los usuarios residenciales de estrato 3 y 4 de 24 meses, para los usuarios residenciales de estrato 5 y 6 y los industriales, comerciales y oficiales el periodo que acuerden las partes (artículo 10).

A través de la Resolución 918 de 2020 se modificaron algunos artículos de la Resolución 911 de 2020. En concreto, se modificó el artículo 2 en el sentido de precisar que el valor objeto de pago diferido será el "de la factura (carga fijo y carga por consumo para los servicios de acueducto y alcantarillado—carga fijo y carga variable para el servicio de aseo) por suscriptor"; se modificó el artículo 4 en el sentido de precisar que la opción de pago diferido allí contenida se refiere al "valor de la factura (carga fijo y carga por consumo para los servicios de acueducto y alcantarillado—carga fijo y carga variable para el servicio de aseo) por suscriptor y/o usuario"; se modificó el artículo 5 en el sentido de precisar que las facturas objeto de pago diferido son las correspondientes a "los consumos causados durante los 60 días siguientes a la declaratoria de dicha emergencia"; modificó el parágrafo 2 del artículo 6 en el sentido de precisar que en caso de incumplimiento de los parámetros de pago diferido se podrá reiniciar la suspensión y corte, y además, dar aplicación al artículo 96 de la Ley 142 de 1994 en el sentido de aplicar cobros por esos conceptos; se modificó el artículo 9 en el sentido de conceder un periodo de gracia a partir de la facturación de julio de 2020.

Asimismo, la Resolución 936 de 2020, proferida con base en las facultades ordinarias y algunas de las contenidas en los decretos legislativos del sector, se adoptaron medidas en relación con la suspensión temporal de los incrementos tarifarios, la aplicación gradual de esos incrementos, los criterios del plan gradual de los incrementos tarifarios suspendidos (artículos 1, 2 y 3), la adición a la medida de prohibición de suspensión o corte en el sentido de facultar a los prestadores para ofrecer acuerdos de pago a los usuarios beneficiados con la reinstalación o reconexión (artículo 4), y la modificación de la vigencia de las medidas adoptadas en la Resolución 911 de 2020 extendiéndola hasta la fecha en la cual cese la emergencia sanitaria decretada por el Ministerio de Salud y Protección Social³².

32 El Ministerio de Salud y Protección Social decretó la emergencia sanitaria a través de la Resolución 385 de 12 de marzo de 2020 hasta el 30 de mayo de 2020; la misma fue prorrogada hasta el 31 de agosto de 2020 por la Resolución 844 de 2020, posteriormente hasta el 30 de noviembre de 2020 conforme con la Resolución 1462 de 2020, luego hasta el 28 de febrero de 2021 mediante la Resolución 2230 de 2020 y, actualmente, hasta el 31 de mayo de 2021 a través de la Resolución 222 de 2021. En todo caso, las medidas

Por su parte, el Gobierno Nacional, con base en el estado de emergencia económica, social y ecológica en todo el territorio nacional declarado a través del Decreto Legislativo 417 de 17 de marzo de 2020, expidió para el mercado de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado los decretos legislativos 441 de 20 de marzo de 2020^[33], 528 de 7 de abril de 2020^[34] y 580 de 15 de abril de 2020^[35].

A través del Decreto 441 de 2020 se ordenó, durante el término de la declaratoria del estado de emergencia económica, social y ecológica por causa de la pandemia por COVID-19, la reinstalación o reconexión inmediata y sin cobro alguno del servicio de acueducto a los suscriptores residenciales suspendidos o cortados, con excepción de aquellos que fueron suspendidos por fraude a la conexión o al servicio (artículo 1). Además, se dispuso que los prestadores del servicio de acueducto asumirán el costo de la reinstalación o reconexión del servicio, en los términos y condiciones que señale CRA, sin perjuicio de que los mencionados prestadores puedan, para tal actividad de reinstalación o reconexión, gestionar aportes de los entes territoriales (parágrafo del artículo 1). Además, ordenó la suspensión temporal de los incrementos tarifarios de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado, durante el término de declaratoria del estado de emergencia económica, social y ecológica por causa de la pandemia por COVID-19, con lo que se exceptuó de manera expresa lo previsto en el artículo 125 de la Ley 142 de 1994 en relación con la actualización de las tarifas (artículo 4).

Como se observa, las dos medidas referidas son coincidentes con las tomadas por la CRC, sin embargo, la diferencia sustancial radica en su vigencia. Mientras que la orden de reconexión del servicio suspendido o cortado y la prohibición de incrementos tarifarios de la CRA se extiende hasta el término de vigencia de la emergencia sanitaria decretada por el Ministerio de Salud y Protección Social, que por el momento va hasta el 31 de mayo de 2021; las mismas medidas en el caso del decreto legislativo se extendió hasta el término de la emergencia económica, social y ecológica se extendió hasta el 7 de junio de 2020, a través del Decreto Legislativo 637 del 6 de mayo de 2020.

Además, en virtud del control inmediato de constitucionalidad de los decretos legislativos, contenido en el numeral 7 del artículo 241 de la

seguirán vigentes mientras a través de las resoluciones que adicionen, modifiquen o sustituyan a esta última.

33 Por el cual se dictan disposiciones en materia de servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo para hacer frente al Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica declarado por el Decreto 417 de 2020.

34 Por el cual se dictan medidas para los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica.

35 Por el cual se dictan medidas en materia de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica.

Constitución Política, la Corte Constitucional expidió la sentencia C-154 de 2020, en la cual se declaró la exequibilidad de los artículos 2, 3, 4 y 5 del decreto. Por su parte, el artículo 1 fue declarado constitucional, salvo lo relativo a la excepción de reconexión para los usuarios suspendidos por fraude, con lo cual también deben ser reconectados de manera inmediata, sin embargo, para estas reconexiones sí habrá corbo de cargos contra el usuario reconectado, siendo la única excepción a la regla de no cobro.

A su turno, el Decreto Legislativo 528 de 2020 facultó a los prestadores para que, de manera potestativa, difirieran el pago del cargo fijo y el consumo no subsidiado de los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo a los usuarios residenciales de estratos 1 y 2 por un plazo de 36 meses, por los consumos causados durante los 60 días siguientes a la declaratoria de emergencia económica, social y ecológica, sin que pueda trasladarle al usuario final ningún interés o costo financiero por el diferimiento del cobro (artículo 1). En línea con lo anterior, y posiblemente con base en la dimensión económica del SPD, se dispuso que el pago diferido solo será obligatorio para los prestadores si se establece una línea de liquidez para dichos prestadores a una tasa de interés nominal del 0 %, por el mismo plazo al que se difiere el cobro de los consumos a que hace referencia este artículo en la respectiva factura. Es decir, en ausencia de esa línea de liquidez no sería obligatorio la implementación del pago diferido a favor de los usuarios residenciales de estrato 1 y 2 (artículos 2). La totalidad del articulado del decreto fue declarado constitucional a través de la sentencia C-203 de 2020. De nuevo, las medidas de pago diferido son coincidentes con las tomadas por la CRA en la Resolución 915 de 2020, incluso en relación con el periodo de diferimiento del pago, que para los usuarios residenciales de estratos 1 y 2 se establece en 36 meses. En todo caso, se observa que el regulador sectorial adoptó medidas más comprensivas y de mayor alcance.

Conviene también indicar que, mediante el Decreto 580 de 2020, se adoptaron medidas tendientes a facilitar el pago de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo. En efecto, se autorizó a los municipios para incrementar el porcentaje de subsidios para los suscriptores residenciales de los estratos 1, 2 y 3 hasta el 31 de diciembre de 2020 (artículo 1); y la facultad para que las entidades territoriales asuman total o parcialmente el costo de los SPD de acueducto, alcantarillado y aseo hasta el 31 de diciembre de 2020 (artículo 2). Además, se previó que los prestadores habilitaran la opción de aporte voluntaria de recursos para financiar las medidas adoptadas en el marco de la emergencia económica, social y ecológica (artículo 4). Y para efectos de la implementación de las medidas contenidas en los decretos legislativos del sector agua potable y saneamiento básico se facultó a la CRA para adoptar la regulación general que se requiriera (artículo 7). Este decreto fue declarado inconstitucional por parte de la Corte Constitucional a través

de la sentencia C-256 de 2020, con fundamento en vicios de forma, puesto que no fue suscrito por todos los ministros del despacho.

En paralelo a las anteriores medidas, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios profirió la Circular Externa n.º 20201000000204 de 29 de abril de 2020, en la cual, además de compilar las medidas regulatorias adoptadas hasta esa fecha, incluyó los comportamientos que el ente de inspección, vigilancia y control esperaba de los prestadores de los SPD. En dicha circular se recordó la Circular Externa n.º 20201000000144 de 6 de abril de 2020, en donde se recordó el principio de onerosidad en la prestación de los SPD y, por tanto, su no gratuidad con el fin de garantizar la prestación de los servicios y la sostenibilidad de los prestadores. En cuanto a los comportamientos esperados, se indicaron unos relativos a la atención de los usuarios, a la garantía de continuidad y calidad en la prestación del servicio, y a algunos particulares para cada uno de los SPD.

En este contexto, cualquiera de las medidas regulatorias, temporales o permanentes acá analizadas implican, de una u otra manera, la asunción de gastos que, por la característica de onerosidad de la prestación de los SPD y desde la dimensión económica de los SPD referida, deben ser imputados y asumidos por algún sujeto. Es decir, las ordenes regulatorias de reconexión inmediata, de pago diferido, de prohibición de suspensión o corte, y de prohibición de incremento de las tarifas implican costos económicos que deben ser asumidos por alguno de los actores en el mercado, bien sea los prestadores, los usuarios o el Estado regulador (a través de los órganos y entidades regulatorias).

Según se ha ilustrado, pareciera que nuestra regulación se decantó por una solución donde los costos derivados de las medidas estudiadas se atribuyeron a los prestadores, quizá por las exigencias propias de la pandemia por COVID-19, que hacían inconveniente agravar la situación de los usuarios, obligados a aislamientos, toques de queda, pérdida de empleos y deterioro de la salud física y mental, entre otros. De este modo, se podría afirmar que la regulación privilegió la dimensión social de los SPD, en el sentido de garantizar los derechos de acceso al acueducto y alcantarillado de los usuarios, pero no previó garantías concretas para la dimensión económica, pues no existe seguridad alguna de que los prestadores puedan recuperar los mayores costos en que incurrieron para cumplir las medidas.

En efecto, las garantías de no gratuidad, el carácter oneroso del contrato de prestación de servicios públicos y la obligación de garantizar la suficiencia financiera de los prestadores³⁶ parece no haber sido analizada o, si lo fue, no

36 “En cuanto al aspecto relacionado con la suficiencia financiera, tenemos que este se trata de un criterio de naturaleza económica previsto en el régimen tarifario, el cual está orientado, además, por los criterios de eficiencia económica, neutralidad, solidaridad,

haber sido abordada en la regulación. Salvo en el caso del pago diferido, en el que su implementación a favor de los usuarios residenciales de estratos 1 y 2 se condicionó –en el Decreto Legislativo 528 de 2020– al establecimiento y acceso a líneas de liquidez, en el resto de las medidas los costos deben ser asumidos por los prestadores y, eventual e inciertamente, serán recuperados vía facturación y con cargo a los usuarios.

Por tanto, de los tres actores involucrados (reguladores estatales, prestadores y usuarios), pareciera que la totalidad de la carga regulatoria en estos aspectos, que se traduce en costos económicos, fue radicada en los prestadores pues, primero, los usuarios son los beneficiarios de la mayoría de las medidas, sin que ello los libere de asumir los costos, así sea de forma diferida, pero en todo caso incierta y eventual. Segundo, las medidas que garantizan y protegen a los intereses económicos de los prestadores son contingentes y reducidas, pues están supeditadas a la voluntad de los usuarios de asumir los costos con posterioridad y limitadas a las formas tradicionales (propias del contexto de “normalidad”) de recuperación de los costos, sin que se hayan instituido garantías eficaces para la recuperación de los costos que asumen durante el estado de emergencia sanitaria. Tercero, las autoridades regulatorias y, en particular, el gobierno nacional no asumió cargas concretas, por ejemplo, la adición presupuestal para sufragar con recursos públicos esos mayores costos; de este modo, es difícil afirmar que su intervención tendió a armonizar los intereses contrapuestos en el contexto de la pandemia. En este contexto, pareciera que los reguladores no hubieran incluido en sus análisis un elemento fundamental para la regulación: los costos que genera y los que debe asumir en su condición de autoridades estatales, lo cual se traduce en cargas directas al presupuesto estatal.

En este punto solo es posible especular, quizá el Gobierno y la CRA, concededores de los enormes costos que implicaban las medidas regulatorias,

redistribución, simplicidad y transparencia, conforme lo prevé el artículo 87 de la Ley 142 de 1994. [...] El artículo 87 citado, establece que el sistema tarifario aplicado a los servicios públicos domiciliarios se encuentra fundamentado, entre otros, en el criterio de suficiencia financiera, el cual se encuentra definido de la siguiente forma: ‘Por suficiencia financiera se entiende que las fórmulas de tarifas garantizarán la recuperación de los costos y gastos propios de operación, incluyendo la expansión, la reposición y el mantenimiento; permitirán remunerar el patrimonio de los accionistas en la misma forma en la que lo habría remunerado una empresa eficiente en un sector de riesgo comparable; y permitirán utilizar las tecnologías y sistemas administrativos que garanticen la mejor calidad, continuidad y seguridad a sus usuarios’. Así las cosas, dentro de la estructura tarifaria se han tomado elementos que les permiten a las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, contar con los ingresos suficientes para cubrir la prestación del servicio, la expansión del cubrimiento y la reposición y mantenimiento de las redes; además de garantizar cierto retorno de capital para los accionistas de la empresa”. Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, Concepto 579 de 2013.

decidieron guardar silencio respecto de su participación en la asunción de parte de ellos³⁷ o, quizá, esos mismos actores desconocieron su responsabilidad armonizadora de objetivos económicos y no económicos y, decidieron, atribuir los costos solo a los prestadores y usuarios.

Lo anterior se agrava toda vez que la ausencia de garantías específicas para que los prestadores puedan obtener o recuperar los costos que se derivan de las medidas adoptadas no tiene un límite temporal claro. En efecto, como se ha evidenciado, la regulación de la CRA extiende la vigencia de sus medidas hasta el término de duración de la emergencia sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social, el cual ha sido sistemáticamente prorrogado, de momento, desde el 12 de marzo de 2020 hasta el 31 de mayo de 2021. Ante los enormes riesgos de lesión de los intereses económicos de los prestadores, por la no recuperación de los mayores costos asumidos y por la cuestionable "armonización" efectuada, es pertinente pasar a analizar los presupuestos que explican la necesidad y justificación del control jurídico de la regulación de los SPD.

3. LA JUSTIFICACIÓN DEL CONTROL JURÍDICO DE LA ACTIVIDAD DE LOS REGULADORES DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

La actividad administrativa de regulación económica de los SPD, como toda manifestación de poder público, debe estar sometida a un sistema integral y pleno de controles; de otra forma, se ejercería en contravía o por fuera del marco delineado por la cláusula de Estado de derecho. Ha aquí la síntesis de la necesidad y justificación de su control jurídico.

Las anteriores premisas son consecuencia natural y obligada del Estado de derecho, toda vez que gracias a este último³⁸ se ha entendido de manera unánime y unívoca que el poder público se encuentra plenamente sometido y limitado a reglas jurídicas. Además, la exigencia del control pleno encuentra

37 En relación con la satisfacción de los objetivos sociales en la prestación de los SPD se ha considerado que "la realización efectiva de estas finalidades implica muchas veces la intervención directa del Estado y esto ocasiona gastos; así que la concertación de las necesidades que serán satisfechas por el Estado debe ser confrontada con la realidad financiera de éste, para no hacer irrealizables las expectativas que se despiertan en los ciudadanos". ALBERTO MONTAÑA, *El concepto de servicio público en el derecho administrativo*, p. 70.

38 Producto de la concepción idealizada del derecho, producto de una larga y copiosa herencia histórica, se entiende que el poder público es moldeado por reglas jurídicas y puesto plenamente bajo su imperio. JACQUES CHEVALLIER, *El Estado de derecho*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015, p. 74.

justificación al comprobar que "quien tiene un poder tiende casi inevitablemente a abusar de él. De allí la exigencia, siempre advertida, de imponer límites a su ejercicio, sobre todo cuando se trata de un poder político y, en general, del poder público"³⁹. Por tanto, es lógico esperar (y exigir) que un elemento *sine qua non* del ejercicio del poder público sea la correlativa instauración de mecanismos de control eficaces. Es por ello que las modernas teorías del derecho administrativo afirman enfáticamente que "el margen de autonomía y apreciación que tiene la administración pública debe ir acompañado, congruentemente, de un sistema coherente y completo de mecanismos de control. Responsabilidades de la Administración y control constituyen las dos caras de una misma moneda, son elementos fundamentales del orden constitucional democrático"⁴⁰.

Así las cosas, es posible vislumbrar la enorme importancia del control jurídico de la actividad administrativa⁴¹, lo cual no resta relevancia a los mecanismos no jurídicos de control, como el social⁴², pero sí pone de presente que el sistema de controles del poder público debe constituir un límite y contrapeso eficaz a la discrecionalidad y responsabilidades de los titulares del poder público. Esta es la única forma en que se puede materializar

39 GUIDO CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Turín: Giappichelli, 2017, p. 131 (traducción libre).

40 EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, "Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del derecho administrativo" en Javier Barnes (ed.), *Innovación y reforma en el derecho administrativo*, Sevilla: Global Law Press-*INAP*, 2012, p. 89.

41 "El control es uno de los aspectos más emblemáticos del sistema administrativo, porque presupone una unión de todas las principales dinámicas: desde las premisas (por ejemplo, la relación entre ley y administración), pasando por los ejes principales (la relación dirección-actuación, centro-periferia, asignación y utilización de los recursos), hasta las garantías (en materia de responsabilidad personal y de tutela del ordenamiento y del *buon andamento*)". MARCO CAMMELLI, "Riforme amministrative e riforma dei controlli", en Marco Cammelli (ed.), *Il sistema dei controlli dopo il D.lgs. 289/1999*, Rimini: Maggioli, 2001, p. 8 (traducción libre).

42 El control social del poder público, si bien tiene una importancia cardinal para la garantía del derecho a la buena administración, no puede sustituir a los controles jurídicos o ejercer la plenitud del control. Además, el control social está profundamente condicionado por varios factores, por ejemplo, la calidad de la información con base en la cual se ejerce, pues de poco serviría materializar el acceso si se trata de información irrelevante, confusa, impertinente o inútil y, segundo, la capacidad de la ciudadanía para analizarla y ejercer el control. Al respecto, la doctrina afirma que, respecto de la ciudadanía en general, "la capacidad para elaborar opiniones está condicionada por la calidad de la información disponible. Pero se requiere algo más que información. Hay que saber además manejarla con arreglo a las necesidades, pues de lo contrario la mera acumulación de datos resultaría perfectamente inútil". ANDREA GREPPI, *La democrazia y su contrario. Representación, separación de poderes y opinión pública*, Madrid: Editorial Trotta, 2012, p. 146.

el Estado de derecho y en que, correlativamente, se puede garantizar la no arbitrariedad del poder⁴³.

De este modo, luego de deconstruir el monopolio judicial del control de la actividad administrativa⁴⁴, lo cual supone identificar y solucionar las enormes falencias, lagunas y problemáticas que se han derivado de entender que el juez constituye la garantía última de sometimiento del poder al derecho⁴⁵, es posible evidenciar que se requiere un sistema de controles constituido por mecanismos de distinta naturaleza, con alcances diversos y con la posibilidad de emanar medidas acordes a la exigencia de sometimiento pleno del poder público al derecho.

El control efectivo del poder público exige que se pase de una perspectiva de centralidad del control judicial a una más comprensiva, que también incluya aquellos mecanismos de control de naturaleza no judicial. Esto implica que, al lado de la tradicional lógica de administración activa, se sitúe un sistema incisivo de controles para garantizar que el ejercicio del poder esté limitado y racionalizado, según la exigencia del principio de separación de poderes⁴⁶. Por tanto, más allá de las reformas tendientes a ampliar el campo de acción del control judicial, e incluso en paralelo a ellas, cualquier pretensión por reformar, actualizar o modernizar el sistema de controles debe centrarse en

43 La doctrina ha entendido que “la arbitrariedad marca un límite de lo jurídicamente aceptable. Un límite infranqueable, que el derecho no puede tolerar que se rebase en ningún caso so pretexto de tecnicismos de ningún tipo, que simplemente deben decaer cuando entren en conflicto con la necesaria defensa de esa barrera que separa lo jurídico de lo arbitrario”. TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Arbitrario, arbitraire, arbitrary. Pasado y presente de un adjetivo imprescindible en el discurso jurídico*, Madrid: Iustel, 2016, p. 104. En el caso colombiano, dicho principio de interdicción de la arbitrariedad no se encuentra expresamente consagrado, sin embargo, puede derivarse de otras disposiciones: de los artículos 6 (supremacía constitucional) y 121 (principio de juridicidad).

44 Al respecto, véase CAMILO PERDOMO VILLAMIL, “Reivindicación del control no judicial de la función administrativa: bases para su (re)construcción dogmática”, en *Las transformaciones de la administración pública y del derecho administrativo*, t. III, *Las dimensiones del control sobre la actividad administrativa*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019, pp. 333-395.

45 En el momento histórico de consolidación del control judicial se consideró que “el mantenimiento de la posición jurídicamente subordinada de la administración era una condición indispensable para la salvaguardia del Estado de derecho; sin embargo, no era suficiente; hubo necesidad de instituir mecanismos eficaces de control que permitieran asegurar concretamente su respeto. El control jurisdiccional aparece según esta perspectiva, y más aún que en el pasado, como la garantía efectiva del Estado de derecho”. JACQUES CHEVALLIER, *El Estado de derecho*, pp. 93-94.

46 “El control, como la división de poderes, tiene por objeto la limitación del poder y la garantía de su racionalidad”. EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, “Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del derecho administrativo”, p. 89.

armonizar los controles judiciales y no judiciales, pues "las dos formas de control se complementan, sin generar duplicidad"⁴⁷.

En este punto es pertinente resaltar que de las distintas manifestaciones del control del poder público existen dos que contribuyen directamente a la garantía de su sometimiento al derecho. Por un lado, los controles correctivos, que tradicionalmente han sido monopolizados por el juez, en virtud de los cuales se pretende "la consecución de un más alto grado de corrección material de la decisión en sí, introduciendo elementos de racionalización en el seno del proceso de toma de decisiones"⁴⁸. Esta es la manifestación más pura y fidedigna del control derivado de la cláusula de Estado de derecho. Por otro lado, se encuentran los controles colaborativos, son aquellos en los que no se genera la corrección de manera directa, pero sí se producen incentivos tendientes a concretar procesos de autocorrección⁴⁹.

Al respecto, la doctrina española ha identificado, dentro de la gama de posibles controles constitucionalmente permitidos, tres modalidades de control, los cuales buscan, precisamente, cubrir todo el espectro del ejercicio del poder público y de la actividad administrativa⁵⁰. Primero, los controles en sentido amplio, en virtud de los cuales el control constituye un mero instrumento para la adopción, subsiguiente, de decisiones (controlar para decidir). Aquí, el control no es más que una acción instrumental, una parte del proceso ordinario de toma de decisiones, el cual puede asemejarse a los denominados

47 JEAN WALINE, *Droit administratif*, 26.ª ed., París: Dalloz, 2015, p. 584 (traducción libre).

48 EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN, "Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del derecho administrativo", pp. 89 y 90.

49 En el ordenamiento colombiano no es expresamente reconocido el control colaborativo, como si lo es en Italia o España. Dicha tipología de control está configurada para incentivar la autocorrección, en una lógica colaborativa, dudosamente predicable del control propio del poder público, pues se basa en la obtención de información para ser transmitida al sujeto controlado, al legislador o a la ciudadanía. En el caso italiano, véase VALENTINA PAPA, *Effettività dei controlli gestionali della Core dei Conti. Esame delle misure consequenziali*, Canterano: Aracne Editrice, 2017, p. 23.

50 "En definitiva, controlar implica en todo caso un juicio de contraste, pero la clave se encuentra en si ese juicio de comprobación es o no instrumental en el ejercicio de la actividad jurídica. Eso significa que el control puede o no ser un fin en si mismo y, por ello, que la acción de controlar puede ser un instrumento para tomar decisiones o realizar otras actuaciones jurídicas o, por el contrario, ser definitiva de la actividad jurídica en sí misma. [...] distinguiremos tres tipos de control: i) el control cuya funcionalidad está orientada a decidir en un caso concreto (aquí hablaremos de control en sentido amplio); ii) el control cuya funcionalidad es corregir irregularidades jurídicas (control en sentido correctivo o en sentido estricto); y iii) el control cuya funcionalidad es ajustar o mejorar la ejecución, la gestión o la administración (controles de tipo estratégico-operativo)". JORGE AGUDO, *La función administrativa de control: Una teoría del control orientada a la configuración de un sistema de justicia administrativa*, Cizur Menor: Civitas Thomson Reuters, 2018, pp. 40 y ss.

controles colaborativos meramente informativa del ordenamiento italiano⁵¹. Segundo, en los cuales el control no es solo un instrumento, sino una decisión; es decir, se decide para controlar. El control es el fin primario, y la consecuencia jurídica es validar o no jurídicamente una decisión o actuación conforme a parámetros preestablecidos. En estos eventos la funcionalidad es clara y, como se ha dicho, coincidente con las exigencias del Estado de derecho, pues se debe lograr corregir las irregularidades encontradas con el fin de restituir la juridicidad del objeto controlado. Tercero, los controles operativo-estratégicos, que son concebidos como mecanismos que tienen por objeto una actuación general/global, conjunta o sucesiva, cuya finalidad es mejorar y adaptar los objetos controlados con carácter "preventivo, como prospectivo, dando lugar a ajustes, adaptaciones y, genéricamente, correcciones en la actuación futura"⁵². Sin embargo, se considera que por los fines correctivos de esta última tipología de controles pueden ser englobados en la segunda tipología, con lo cual el espectro de controles quedaría conformado por los correctivos y los colaborativos.

Ahora bien, ya se ha referenciado cómo las anteriores consideraciones en relación con la justificación y necesidad de control del poder público son íntegramente aplicables al control de la regulación de los SPD, pues esta última constituye una de las actividades que conforman la denominada función administrativa⁵³, sin embargo, es necesario precisar algunas ideas.

El proceso de surgimiento y consolidación de la regulación de los servicios públicos en los países de Europa continental y de Latinoamérica, caracterizados por compartir las raíces del *service public* francés, dista sustancialmente del surgimiento y consolidación en los países anglosajones⁵⁴. Sin embargo,

51 A la categoría de controles colaborativos italianos se les denomina "*attività referente*". "*L'attività referente [...] intesa come attività di rilevazione, informazione e valutazione, che abbraccia ogni profilo finanziario, organizzativo e di assetto contabile della gestione del pubblico denaro*". GAETANO D'AURIA, "I Controlli", en Sabino Cassese y Claudio Franchini (eds.), *L'amministrazione pubblica italiana: un profilo*, Bologna: Il Mulino, 1994, pp. 86-87.

52 JORGE AGUDO, *La función administrativa de control*, p. 57.

53 También en esta oportunidad se adopta el concepto sustancial de función administrativa, que sirve para ilustrar el objeto de estudio del derecho administrativo. Así, se entiende que función administrativa es "un conjunto de actividades particulares, disimiles entre sí, pero diversas de aquellas generales de estado y particulares propias de la función judicial y legislativa, que dan desarrollo directo a las finalidades del estado, consagradas de manera positiva en la Constitución Política, que pueden ser desarrolladas por distintos sujetos de derecho, habilitados para ello, con el respeto y cumplimiento del ordenamiento jurídico". ALBERTO MONTAÑA, *Fundamentos de derecho administrativo*, p. 124.

54 Ese proceso de surgimiento y consolidación de la regulación puede ser ilustrado en fases, en función de grupos de países. Así, la primera fase se compone por países anglosajones, en donde el origen de la regulación estuvo ligado específicamente con órganos del poder, de forma tal que dicha actividad es entendida como todo aquello desarrollado por las *agencies* americanas o los *quangos* ingleses. La segunda fase, en donde

un común denominador de las diversas formulaciones de la regulación económica radica en la idealización de los reguladores, concebidos como sujetos ajenos al gobierno y ajeno a los regulados, con un halo de neutralidad y tecnicidad y cuya actuación siempre está dirigida a satisfacer la finalidad de corrección de las fallas del mercado⁵⁵, lo cual los hacen inmunes al control, pues el mismo no se concibe como necesario.

Es así como, para ilustrar la deferencia de los órganos de control⁵⁶, principalmente del juez⁵⁷, respecto de la regulación, se ha afirmado que “la tradicional forma de concebir el Estado regulador tiene una finalidad jurídica de legitimación o justificación de la intervención del Estado al presentarla como una exigencia técnica, y por tanto, neutral (política e ideológicamente), generándose consecuencias poco deseables, igual a nivel jurídico,

se pueden enunciar países como Francia, Alemania, España, Italia, Bélgica y Colombia, en donde la regulación es la alternativa al monopolio del servicio público. Finalmente, los países de la tercera están conformados por lo de América Latina y Europa Central y Oriental, en los cuales influjos de organismos multilaterales como el Banco Mundial han procurado introducir estrategias regulatorias para resolver la cuestión de mejorar la eficiencia en la prestación de los servicios públicos. Al respecto, véase CAMILO PERDOMO VILLAMIL, *Regulación económica*, pp. 38-42.

55 “El fallo del mercado, en el contexto del Estado liberal, constituye una justificación fuerte que legitima la intervención del Estado en la economía puesto que, en principio, no rompe los postulados del orden liberal. Así, el orden económico liberal precisa de unas determinadas condiciones de orden institucional creadas por el Estado y por el derecho que enmarquen funcionamiento. Al mismo tiempo, ese orden económico debe ser protegido frente a las tendencias de rigidez y concentración de poder que aparecen en su interior. De este modo, la corrección de los fallos del mercado son la justificante, que a semejanza del derecho penal, sirven para intervenir como última ratio en un mercado liberal, pues la sola existencia del fallo del mercado no significa que necesariamente el Estado deba intervenir, primero hay que demostrar que la intervención podría mejorar las cosas”. ANDRÉS BETANCOR, *Regulación: mito y derecho. Desmontando el mito para controlar la intervención de los reguladores económicos*. Madrid: Editorial Aranzandi, 2010, p. 95.

56 “La administración tiene el derecho a cometer errores, con tal de que estos no sean manifiestos por su gravedad y evidencia, y la jurisdicción tiene que aceptar así porque su poder de enjuiciamiento de la actividad administrativa sigue siendo un poder excepcional y, como tal, limitado, estrictamente limitado”. TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *De la arbitrariedad de la administración*, 5.ª ed., Navarra: Editorial Aranzandi, 2018, p. 36.

57 “Cuando el Estado interviene se dice que el Estado regula. El término *intervención* tiene unos aspectos agresivos, limitadores que, milagrosamente, desaparecen cuando hablamos de regulación. No se trata de explicar sino de justificar el proceder del Estado para lo que se construye una nueva función neutral y se recrea el control judicial que soporta. Los tribunales no pueden controlar como si se tratase de servicio público, de policía o de fomento. No. El control judicial debe adaptarse a aquella nueva función y, sobre todo, a su carácter neutral, de reparación de los defectos o fallos del mercado para que estos recuperen la plenitud de su función social (eficiencia asignativa)”. ANDRÉS BETANCOR, *Regulación, mito y derecho*, p. 64.

pues el control a la actuación del Estado como regulador (técnico que obra con el único interés de mejorar el mercado) solo se justificaría en escenarios escasos, el control solo sería necesario si existen razones sustanciales para considerar que el ejercicio de la función ha sido arbitrario, se relaja el control de la administración-reguladora. Entonces, es más complicado concebir la necesidad de control (social, legislativo o judicial) para actuaciones de expertos técnicos y neutros que para actuaciones como la de la administración en general⁵⁸.

Sin embargo, cualquier manifestación de poder, más cuando se trata de un poder público, requiere de la instauración de límites efectivos para evitar su ejercicio arbitrario, ello incluye a la regulación. Por tanto, si se acepta que a través de la regulación de los SPD el Estado interviene en ciertos mercados con fines específicos, para evitar la arbitrariedad de esa actuación es necesario, por un lado, analizar los efectos de las decisiones en los mercados con el fin de controlar sus consecuencias y, por otro lado, los efectos de las decisiones sobre los derechos y las libertades de los agentes regulados, también con el fin de controlar sus consecuencias. De esta forma, la ecuación varía sustancialmente la deferencia frente a los reguladores desaparece y su actividad se fiscaliza de manera incisiva a través de instrumentos y parámetros variados⁵⁹, incluso las pequeñas irregularidades, pues solo de esa manera se podría afirmar que se trata de un poder ejercido en el marco del Estado de derecho.

Así las cosas, con la finalidad de materializar la cláusula de Estado de derecho, de garantizar la producción de efectos concretos y palpables, y de evitar que se convierta en un dogma o axioma vacío o de mero ritual⁶⁰, es

58 CAMILO PERDOMO VILLAMIL. *Regulación económica*, p. 72.

59 En este punto, el recurso a los principios que inspiran la actuación administrativa cobra radical importancia, toda vez que al conformar el principio de juridicidad se instituyen en el bastión último de control. Es decir, luego de aplicar los parámetros específicos de control a cada actividad, es posible recurrir a los principios constitucionales de necesidad, razonabilidad, proporcionalidad, utilidad y sacrificio mínimo de los intereses regulados, pues el único límite del poder es el derecho. En efecto, "la ley puede y debe conceder a la Administración –en los límites en que la Constitución en cada caso lo permita, que esto es otra cuestión que también reclama un análisis cuidadoso que habrá que hacer sin demora– tanta libertad como necesite para cumplir eficazmente sus complejas tareas, pero esa libertad, cualesquiera que sean los términos que la Ley convenga darla en cada caso, vendrá siempre condicionada, en una u otra medida, por el derecho al que la Constitución somete plenamente la actuación administrativa". TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *De la arbitrariedad de la administración*, p. 90.

60 El Estado de derecho "sería indisociable de una cierta concepción del derecho y del Estado, dominante en Alemania y en Francia [...] erigido a la altura de un verdadero dogma, el Estado de derecho se había convertido en un postulado o en un axioma, cuya validez no requiera demostración alguna y, en consecuencia, los manuales de derecho

necesario que todas las manifestaciones de poder público sean efectivamente controladas; ello incluye a la actividad de regulación de los SPD. En este contexto, como manifestación de los controles correctivos, el control judicial representa "el principal instrumento de salvaguarda del individuo en respecto del comportamiento arbitrario de la Administración pública"⁶¹; sin embargo, el control integral de la regulación no se puede confiar exclusivamente al juez, se requiere de la incorporación de mecanismo de control no judicial, que incluyen principalmente controles de naturaleza colaborativa, pero que también pueden incorporar controles correctivos. En este sentido, resultan claras las razones que explican la necesidad y justificación del control jurídico específico e integral de la regulación de los SPD porque un control deficiente trae consigo el riesgo latente de su expansión incontenible⁶², quizá, tal como está ocurriendo con ocasión de la gestión de la pandemia por COVID-19, y la única forma de controlarlo es escuchando la voz del único parámetro de control: el derecho⁶³.

4. LAS DIVERSAS MANIFESTACIONES DE CONTROL JUDICIAL Y NO JUDICIAL DE LA REGULACIÓN DE LOS SPD PARA LA ATENCIÓN DE LA PANDEMIA POR COVID-19

En este punto está claro que el ejercicio de los poderes públicos propios de la regulación de los SPD exige su sometimiento pleno al derecho y, por

público se limitaron, en Francia, a referirse a él de manera ritual, sin profundizar en sus implicaciones". JACQUES CHEVALLIER, *El Estado de derecho*, p. 11.

61 SABINO CASSESE, *Corso di diritto amministrativo. Istituzioni di diritto amministrativo*, 5.^a ed., Milán: Giuffrè Editore, 2015, p. 636 (traducción libre).

62 "La expansión de la regulación tiene una explicación conceptual ciertamente paradójica. El esfuerzo de los autores norteamericanos coincide en un punto: explicar el porqué de la regulación para justificar su misma expansión. Sin embargo, esta misma explicación será la que posteriormente alimentará la crítica cuando se ponga de manifiesto que no se correspondía con los hechos. Al final del proceso solo queda el Estado y sus imperfecciones. Este proceso comenzó con las imperfecciones (fallos) del mercado, pero el punto de llegada fueron las imperfecciones (fallos) del Estado". ANDRÉS BETANCOR, *Regulación, mito y derecho*, p. 80.

63 La plenitud del control se deriva del hecho que, en el ejercicio de las actividades administrativas, la última palabra la tiene solo el derecho y, por lo tanto, todas sus áreas o manifestaciones con controlables al fin de poder garantizar que sean conformes a los parámetros de juridicidad o que se corrijan sus deformidades. En otras palabras, "la última palabra, constitucionalmente hablando, no la tiene ni la Administración ni el juez; la tiene el derecho. [...] Toda decisión de la Administración, por discrecionalidad que sea, es susceptible de control judicial, y ese control no es de mera legalidad [...] sino de juridicidad". TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *De la arbitrariedad de la administración*, pp. 144-145.

tanto, habilitan la aplicación de controles jurídicos (judiciales y no judiciales) tendientes a asegurar la correspondencia entre los parámetros de ejercicio y los resultados obtenidos. Así las cosas, las plausibles finalidades que se persiguen –armonización de intereses económicos y no económicos– y la naturaleza que se atribuye a la actividad y a los reguladores –técnica, neutral, apolítica, especializada– no son razón suficiente para aceptar algún tipo de deferencia o límites en el ejercicio del control jurídico, más bien, esas características exigen un control más incisivo para que la regulación sea reducida a lo necesario.

Sobre esta base, y según la clasificación de controles correctivos y colaborativos, se pasa a analizar, por un lado, el clásico control judicial circunscrito a juicios de validez de las medidas adoptadas y de responsabilidad del Estado por las mismas y, por el otro, el control no judicial, particularmente el control de resultados. De esta manera, como se ha indicado, se analizan algunas manifestaciones del control jurídico que cubrirían un espectro importante de la actividad regulatoria (validez, responsabilidad y resultados), con lo cual se materializaría la exigencia de un sistema de controles integral, que busque evitar la arbitrariedad y corrija las desviaciones encontradas.

En primer lugar, el control judicial, que a lo largo de la historia ha fungido como el controlador monopolista del poder público⁶⁴, pues, como se anotó, se entendió que su razón de ser era esa⁶⁵, se manifiesta a través de los diversos “medios de control” consagrados en los artículos 135 a 148 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) y del control inmediato de constitucionalidad de los decretos legislativos expedidos con ocasión de la emergencia económica, social y ecológica, según el numeral 7 del artículo 241 de la Constitución Política. A los efectos de este artículo interesan los medios de control relativos a la validez y a la responsabilidad. En los primeros es posible agrupar los controles judiciales inmediatos que se han adelantado (constitucionales y contencioso-administrativos), los cuales, como todo control de legalidad, circunscriben su alcance a la verificación de cumplimiento de los parámetros de validez de la decisión administrativa. De este modo, se trata de un control concentrado en una de

64 El juez ha adquirido, por múltiples razones teóricas, históricas y normativas, una suerte de monopolio de facto en el ejercicio del control de la función administrativa. CAMILO PERDOMO VILLAMIL, “Reivindicación del control no judicial de la función administrativa”, pp. 340-354.

65 “La construcción de una jurisdicción de lo contencioso administrativo implica entonces una distancia marcada con la administración ‘activa’ y una garantía plena de los derechos procesales de las partes ante la jurisdicción”. ANDRÉS OSPINA, *De la jurisdicción administrativa a la jurisdicción de lo contencioso administrativo: ¿Un viaje de ida y vuelta?*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009, p. 79.

las aristas controlables de la acción administrativa, pero no en todas⁶⁶, en donde la norma de control⁶⁷, tanto para las competencias regladas como para las discrecionales, se conforma por el programa normativo compuesto por todos los criterios adicionales necesarios y oportunos en los que se pueda subsumir el objeto controlado.

Como se anotó, en el juicio de validez constitucional la Corte Constitucional encontró, en sentencia C-154 de 2020, que el Decreto Legislativo 441 de 2020 se ajustaba a la Constitución, salvo la exclusión de reconexión de los usuarios suspendidos por fraude. Mediante sentencia C-203 de 2020 decidió que todo el articulado del Decreto Legislativo 528 de 2020 era constitucional. Y, a través de la sentencia C-256 de 2020 determinó que Decreto Legislativo 580 de 2020 era inconstitucional por vicios de forma. Tal como lo ha indicado la misma Corte Constitucional, este tipo de control inmediato consiste en "un detallado escrutinio que tiene por objeto asegurar que todos los límites previstos para el ejercicio de las facultades de excepción sean debidamente respetados por el Gobierno Nacional"⁶⁸, sin embargo, su alcance no llega a la verificación de eficacia de las medidas.

A su vez, el control inmediato ejercido por el Consejo de Estado de las medidas adoptadas por la CRA, que como se refirió tienen un alcance mayor que los decretos legislativos respecto de las medidas adoptadas y de su

66 Es importante resaltar como la doctrina nacional ha señalado que, en la lógica del modelo tradicional del derecho administrativo, se entiende que de la legalidad se deriva, automáticamente, la eficacia. Véase ANDRÉS OSPINA, "La eficacia en el derecho administrativo colombiano: de advenediza a reina. Reflexiones a partir de la obra de Eberhard Schmidt-Assmann", en Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Javier Barnes Vázquez y Mónica Liliana Ibagón (eds.), *Perspectivas de una reforma: Estudios de derecho administrativo a partir de la obra de Eberhard Schmidt-Assmann*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016, p. 44.

67 "Para adoptar la decisión que reclamen un caso concreto, sin embargo, en los supuestos de facultades discrecionales (no completamente programadas) de la Administración, esta tiene que 'construir su norma de conducta', en una labor que va a caracterizarse como un proceso de progresiva acumulación de criterios (de legalidad y de oportunidad) que completan y concretan el texto inicial de la norma aplicable hasta referirlo óptimamente al caso sobre el que debe decidirse. Es al programa normativo ya completado con todos los criterios adicionales necesarios y oportunos para que se pueda subsumir el relato fáctico de forma que quede justificada la decisión [...]. El concepto de norma de control es el que identifica los criterios con los que se va a llevar a cabo la tarea de revisar o enjuiciar esa primera decisión administrativa". JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *Metodología del derecho administrativo: reglas de racionalidad para la adopción y el control de la decisión administrativa*, Madrid: Marcial Pons, 2016, pp. 24-25.

68 En ejercicio de ese escrutinio se aplican juicios de finalidad, de conexidad material, de motivación suficiente, de ausencia de arbitrariedad, de intangibilidad, de no contradicción específica, de incompatibilidad, de necesidad, de proporcionalidad y de no discriminación. Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-154 de 28 de mayo de 2020, expediente RE-237.

vigencia, aún no ha producido sus resultados. En efecto, el Consejo de Estado avocó conocimiento del control inmediato de legalidad de la Resolución CRA 911 de 2020^[69], cuya decisión también envuelve el control de legalidad de la Resolución CRA 936 de 2020, por ser modificatoria de la primera, pero no ha proferido la sentencia respectiva. A su turno, el alto tribunal avocó conocimiento del control inmediato de legalidad de la Resolución CRA 915 de 2020^[70], lo cual incluye las medidas de la Resolución 918 de 2020 por ser modificatoria de aquella, y decidió que las medidas adoptadas eran legales⁷¹. Por ende, las decisiones contenidas en esta resolución, en relación con el pago diferido, mantuvieron y confirmaron su presunción de legalidad y son obligatorias para los prestadores, quienes debieron haber brindado dichas opciones de pago diferido a los usuarios y suscriptores. Lo anterior, salvo lo previsto en el artículo 8 de la Resolución 911 de 2020, que prevé una tasa de financiación para los estratos 1 a 4, toda vez que el Consejo de Estado estimó que esa medida no se podía dirigir a los estratos 1 y 2 porque así se derivada de los decretos legislativos que facultaron esa decisión⁷².

69 Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto de 3 de abril de 2020, Radicación n.º 11001-03-15-000-2020-00946-00(CA)A.

70 Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto de 12 de mayo de 2020, Radicación n.º 11001-03-15-2020-01780-00.

71 Es importante referir que el Consejo de Estado entendió que el Decreto Legislativo 580 de 2020, mientras estuvo vigente previa la declaratoria de inconstitucionalidad, fue una de las normas que fundamentaron las medidas contenidas en dicha resolución, sin embargo, aclaran que no es el único soporte. En concreto, en la sentencia respectiva se indicó que “el evento que acontece en el caso de la referencia, atinente a que uno de los Decretos Legislativos –580 de 13 de abril de 2020– sustento de los actos escrutados, como quedó referenciado en el capítulo de antecedentes, fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a fin de sostener y explicar la continuidad de la competencia del Consejo de Estado como juez del Control Inmediato de Legalidad. [...] Es esa falta de retroactividad la que emerge como indicativa y sustento de que el juez de la legalidad del acto administrativo, continente en el que se incluye el Control Inmediato de Legalidad, es competente para juzgar el acto dentro del espectro del tiempo en el que estuvo vigente y con el bloque normativo regente al momento de su expedición. [...] En consecuencia, como las Resoluciones escrutadas se emitieron en vigencia de los Decretos Legislativos 441, 528, 580 y 581 de 2020, son éstos entre otras normas, los fundamentos que dieron lugar a la génesis de aquellas (16 de abril y 6 de mayo) sin que tales basamentos hubieran sido retirados del ordenamiento jurídico normativo”. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 28 de octubre de 2020, radicado n.º 11001-03-15-000-2020-01780-00 (2020-02090-00).

72 “[...] la Sala declarará que este artículo no se ajustó a derecho parcialmente, solo en cuanto a los estratos 1 y 2, por no superar el vínculo instrumental, debido a que se aleja de los fines y propósitos del DECRETO DECLARATORIO, el cual a partir de su génesis tiene por objeto conjurar, entre otros, la afectación al orden económico y social ocasionada por la pandemia del nuevo coronavirus (COVID -19) y, se desliga del DECRETO LEGISLATIVO 528 que en su teleología contempló expresamente la imposibilidad de

Ahora bien, sobre la base del mantenimiento de la presunción de legalidad de las medidas adoptadas por la CRA (pago diferido, reconexión inmediata, prohibición de suspensión o corte, y prohibición de incremento tarifario) surge el riesgo de causación de daños antijurídicos a los prestadores e imputables a actuaciones declaradas legales de las administraciones públicas. El supuesto fáctico de daño encajaría dentro del título de imputación denominado "daño especial", el cual, en efecto, se presenta "en los eventos en los que el origen del daño no proviene de la ilegalidad del acto administrativo, sino de los efectos de este, por razón el rompimiento del principio de igualdad frente a las cargas que el Estado impone es procedente formular las pretensiones indemnizatorias en el marco de la acción de reparación directa, en la medida en que no es necesario efectuar escrutinio de legalidad del acto administrativo ni de sus fundamentos"⁷³.

Para la configuración del daño especial como fundamento de la responsabilidad del Estado, según la misma jurisprudencia del Consejo de Estado, se requiere, primero, que el Estado despliegue una actividad legítima; segundo, que dicha actividad genere un daño que c la ruptura de las cargas públicas frente a un particular y, tercero, que entre uno y otro se evidencie un nexo causal. De este modo, a través del medio de control de reparación directa, previsto en el artículo 140 del CPACA, los prestadores podrían intentar la indemnización integral de los daños que se llegaren a ocasionar como producto de la aplicación de las medidas regulatorias que se han estudiado.

En efecto, a título hipotético, los prestadores que no logren recuperar los costos que implica la reconexión inmediata, la prohibición de suspensión o corte del servicio (no cobro de cargo fijo y consumos), que no puedan recuperar los valores de las facturas diferidas o que vean afectada su suficiencia financiera por la prohibición de incrementos tarifarios, y producto de ello, vean afectados sus intereses económicos, su suficiencia financiera y la dimensión económica de los SPD, podrían interponer la respectiva acción de reparación directa en procura obtener la indemnización correspondiente. En este evento, el título de imputación es de naturaleza objetivo –daño especial⁷⁴– y, por tanto, no se debe probar algún tipo de falla del servicio

trasladarle al usuario final (perteneciente a los estratos 1 y 2) ningún interés o costo financiero por el diferimiento del cobro, siendo necesario precisar que para la medida allí consignada se exceptúan estos dos estratos". *Ibid.*

73 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 5 de febrero de 2021, radicado número 76001-23-31-000-2010-00319-01 (52775).

74 Para mayor profundidad sobre los elementos que configuran el daño especial se puede consultar la antología elaborada por el Consejo de Estado de los fallos emblemáticos en diversos asuntos. Sobre el tema específico del daño especial, véase CONSEJO DE ESTADO, *Antología jurisprudencia y conceptos, 1817 a 2017, Sección tercera*, t. B, Bogotá: Imprenta Nacional, 2018, pp. 91-98.

por parte del Estado –en este caso de los reguladores–, entonces, al actor le bastaría con demostrar que una decisión legítima del Estado (las medidas regulatorias) le generó un daño por la ruptura de las cargas públicas, toda vez que, de manera genérica, los prestadores se ven obligados a soportar unas cargas económicas que no deben soportar los agentes de otros mercados. Así, los prestadores de los SPD deben soportar, de manera singular, una carga financiera que no puede catalogarse como una carga “normal” u “ordinaria” de la vida en sociedad o de su actividad económica, derivada de una decisión legítima del Estado, por lo que existe plena causalidad entre el daño y las decisiones estatales. Ahora bien, incluso en el evento en que se llegare a firmar que la causa directa del daño no es la regulación, sino el no pago de los costos por parte de los usuarios, el Estado podría seguir siendo responsable en virtud del principio de solidaridad⁷⁵.

Lo anterior supondría que, con ocasión del juicio de responsabilidad civil extracontractual del Estado, se pondría sobre la mesa el tema del análisis discrecional efectuado por los reguladores, en particular por la CRA, toda vez que en su tarea de armonización de los intereses económicos y no económicos en juego debió haber analizado las consecuencias de las medidas adoptadas, en procura de evitar la introducción de aquellas que, si bien eran necesarias, razonables y útiles, implicaran un sacrificio desproporcionado de los intereses de los sujetos regulados o, en caso de decidir adoptarlas, previera medidas que garantizaran un sacrificio mínimo de esos intereses de los regulados y, con ello, evitar la configuración del desequilibrio en las cargas públicas.

Ahora bien, en relación con los controles no judiciales, se hará un análisis específico del control de resultados, pues un análisis, incluso sumario, de todas las otras modalidades⁷⁶ desborda las pretensiones de este artículo.

75 Tal como ocurrió en el caso de la Parroquia de Nuestra Señora de Chiquinquirá, en el cual el daño antijurídico fue ocasionado por el obrar de un grupo armado insurgente, lo que permitiría afirmar la existencia del hecho de un tercero, sin embargo, el Consejo de Estado consideró que “rechaza este planteamiento dada la aplicación de la solidaridad como criterio normativo generador de la imputación de la responsabilidad, como se puso de presente anteriormente, máxime si se tiene en cuenta que se trató de una acción armada que se dirigió contra las instalaciones de la Policía Nacional, Entidad representativa del Estado colombiano en el Municipio de Prado”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 23 de mayo de 2012, radicado número 73001-23-31-000-2000-01063-01(24626). En relación con el principio de solidaridad como fundamento de la responsabilidad civil extracontractual, véase JULIÁN PIMIENTO, “Responsabilidad o solidaridad. El fundamento del deber de reparar en el ámbito de la responsabilidad extracontractual del Estado”, *Revista de Derecho Público*, n.º 36, 2016.

76 El artículo 25 del Decreto Ley 403 de 2020, de manera coincidente con lo previsto en la Ley 42 de 1993, prevé que en ejercicio del control fiscal se podrán aplicar sistemas

Entonces, las medidas regulatorias analizadas podrían ser objeto del control de resultado por parte de la Contraloría General de la República, según lo previsto en el artículo 119 de la Constitución Política⁷⁷. Es de anotar que esta facultad específica de "control de resultado de la Administración" no ha sido objeto de desarrollo específico ni en normas de rango legal, ni en normas reglamentarias expedidas por la propia Contraloría y, más bien, dicha facultad ha sido subordinada (o absorbida por) al control fiscal de resultados⁷⁸.

Con todo, si se aplicará la facultad constitucional de control de resultado de la Administración a la actividad regulatoria analizada, lo que debería verificar la Contraloría General de la República es si, en el contexto de la pandemia por COVID-19 y para su adecuada atención y gestión, fueron introducidas medidas que armonizaron los intereses u objetivos económicos (dimensión económica) y no económicos (dimensión social) propios del régimen constitucional de prestación de los SPD. En este evento, los parámetros de control no son solo de validez, sino incorporan una variedad de parámetros como la eficacia, la eficiencia, la economía⁷⁹ y, en concreto, la

de control como el financiero, de legalidad, de gestión, de resultados, la revisión de cuentas y la evaluación del control interno.

77 "Artículo 119. La Contraloría General de la República tiene a su cargo la vigilancia de la gestión fiscal y el control de resultado de la administración".

78 "[...] puede tomarse como referencia el actual esquema constitucional, que en su artículo 119 atribuye a la Contraloría General de la República dos grandes tareas, primero, la vigilancia de la gestión fiscal y, segundo, el control de resultado de la administración. No obstante, el esquema infra-constitucional parece englobar ambas tareas en aquella de vigilancia fiscal, es decir, asocia y deriva de la gestión fiscal la consecución del resultado; silogismo a todas luces errado, pues no siempre que se verifique la correcta gestión fiscal se consigue el resultado previsto o, paradójicamente, el resultado puede satisfacerse plenamente con una ilegal o incorrecta gestión fiscal". CAMILO PERDOMO VILLAMIL, "Reivindicación del control no judicial de la función administrativa", p. 344.

79 El control de resultados, como todos los controles sucesivos, no se sirven exclusivamente de parámetros de validez. Al respecto, es importante referir la doctrina italiana, la cual recuerda que "los controles sucesivos son, esencialmente, controles sobre los resultados de una actividad o de una gestión administrativa, con la finalidad de evaluar la consecución de objetivos definidos por las leyes, por los reglamentos, por las directivas, por los planes, por los programas, etc. Según los cánones (los parámetros) de la economía, de la eficacia, de la eficiencia. [...] economía es la relación entre objetivos dados y recursos empleados. En otros términos, aquella indica la capacidad de alcanzar los objetivos preestablecidos con el menor gasto de recursos financieros, humanos instrumentales, organizacionales; eficacia es la relación entre objetivos previstos (definidos) y los resultados obtenidos; aquella mide, entonces, el grado de satisfacción de los objetivos definidos; eficiencia es la relación entre resultados obtenidos y los recursos empleados, entonces, aquella designa el grado de absorción de los recursos disponibles para alcanzar los objetivos definidos". GAETANO D'AURIA, "I controlli", en: Sabino Cassese (ed.), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, t. II, Milán: Giuffrè, 2003, pp. 1362-1363 (traducción libre).

verificación de consecución del resultado previsto, que es eficacia jurídica⁸⁰. De esta manera, siempre en línea con las hipótesis que se formulan en este artículo, la Contraloría General de la República podría adelantar el respectivo control de resultado de la actividad de los reguladores y verificar la satisfacción o no de los parámetros referidos.

A este respecto, podría analizarse tres elementos que llevarían a concluir que las medidas regulatorias no cumplieron con los resultados previstos de armonización de intereses económicos y no económicos, o los cumplieron en manera parcial, ante la constatación de cargas principalmente –por no decir exclusivamente– radicadas en cabeza de los prestadores. Primero, la no previsión de recursos públicos que, al menos de manera subsidiaria, garantizara la asunción de los costos que implicaban las medidas regulatorias; segundo, el posible incumplimiento de los requisitos de calidad regulatoria; y, tercero, la ausencia de un ejercicio de análisis de impacto regulatorio o normativo.

En relación con el primer aspecto, desde el Gobierno Nacional, como medida propia de desarrollo del estado de emergencia económica, social y ecológica, se hubiera podido prever, no solo medidas regulatorias que aseguraran la dimensión social de los SPD, tal como ocurrió, sino también la dimensión económica, en el sentido de realizar los ajustes presupuestarios necesarios para garantizar que, en el evento en que los usuarios no asumieran los costos de reconexión o los consumos efectuados en virtud de la reconexión inmediata y de la prohibición de corte o suspensión, fuera posible, de manera subsidiaria, el pago a los prestadores, de forma tal que no se afectara su suficiencia financiera, golpeada por la prohibición de los aumentos tarifarios a que tenían derecho.

El cuestionamiento del ente de control no giraría en torno a los resultados obtenidos a favor de los usuarios, sino aquello a favor de los prestadores, pues la regulación no prevé el tipo de garantía comentada. Además, en el marco de la emergencia económica, social y ecológica, el Gobierno Nacional sí optó por la adición presupuestal para otras materias. En efecto, a través del Decreto 519 de 5 de abril de 2020 se adicionaron los ingresos del presupuesto nacional para los “Fondos Especiales de la Nación” y al “presupuesto de

80 “El término ‘eficacia’ se usa al menos con dos significados en el ámbito del derecho. Por una parte, hace referencia a ciertas condiciones de la aplicación de las normas, o a su alcance, y corresponde a lo que en ocasiones se denomina ‘vigencia’ [...]. Por otra parte, el término se emplea para identificar una familia de significados, todos ellos relacionados con lo que cabe llamar la ‘realización’ o ‘puesta en práctica’ de la norma. Así, cabe hablar de la eficacia como cumplimiento, como aplicación, como éxito o como eficiencia [...]. La eficacia como predicado posible de cualquier norma jurídica deriva de su doble carácter prescriptivo e instrumental”. REAL ACADEMIA DE CIENCIAS MORALES Y POLÍTICAS, *Enciclopedia de las ciencias morales y políticas para el siglo XXI*, 2020, p. 759. Recuperado de https://www.racmyp.es/imagenes/publicaciones/2020-0592_enciclopedia_ciencias_morales_acc_ee_final.pdf

funcionamiento", en la suma de 15.100 billones de pesos cada uno. A su turno, mediante el Decreto 522 de 6 de abril de 2020 se adicionó el presupuesto general de la nación en cuanto a los "recursos de capital de la nación" y el "presupuesto de funcionamiento" en la suma de 3.250 billones de pesos cada uno. Similares adiciones al presupuesto de la vigencia 2020 se encuentran en los decretos legislativos 571 de 15 de abril de 2020, 572 de 15 de abril de 2020, 774 de 3 de junio de 2020 y 1107 de 10 de agosto de 2020, sin que en ninguno de ellos se previera un rubro relativo a la atención de los costos relativos a las medidas en favor de los usuarios de los SPD.

A su turno, en relación con el posible incumplimiento de requisito de calidad regulatoria, en virtud de la amplia discrecionalidad con que cuentan –y que es necesaria– los reguladores para la satisfacción de las tareas encomendadas, la doctrina ha identificado una serie de principios sustanciales y formales que suplen la ausencia de una política y modelo uniformes para el ejercicio de la regulación⁸¹. Dentro de los principios sustanciales se enumeran el de necesidad, el de efecto económico y conductista, y el de coherencia; mientras que dentro de los principios instrumentales o formales se enlistan el de coordinación, el de transparencia y el de progresividad.

De nuevo, a título hipotético, en virtud de la posible lesión de los intereses económicos de los prestadores y, con ello, de la dimensión económica de los SPD, se podría afirmar que las razones de la desproporción regulatoria se encuentran en la no satisfacción de algunos de los principios que determinan la calidad de la regulación. Por ejemplo, no se habría satisfecho el principio del efecto económico-conductista, toda vez que parece que se obvió el hecho de que las medidas regulatorias no son solo normas, sino, principalmente, herramientas con incidencia o efecto económico, con lo cual generan costos de transacción, incentivos negativos y positivos, como el pago o no pago de las facturas porque igual existe prohibición de suspensión o corte. Igualmente, a título ejemplificativo, podría afirmarse que se vulneró el principio de progresividad, toda vez que se retrocedió, sin la incorporación de una medida de compensación, en los objetivos que había ya alcanzado la regulación en relación con la protección de los intereses económicos de los prestadores de los SPD.

Por último, en relación con la ejecución de un análisis de impacto normativo, es importante referir que con ocasión del Documento Conpes 3816 de 2014 se presentaron y aprobaron las bases para institucionalizar el análisis de impacto normativo en la etapa temprana del proceso de emisión de la normatividad desde la rama ejecutiva del poder público, con lo cual se formalizaron los fundamentos para la implementación de la metodología de

81 BERNARDO CARVAJAL, "¿Cómo asegurar calidad regulatoria?", *Revista digital de Derecho Administrativo*, n.º 9, 2013.

análisis de impacto normativo en el proceso de emisión de la normatividad de esta rama del poder público. Sin embargo, antes de la expedición del Conpes existían antecedentes propios para las comisiones de regulación, contenidos en el Decreto 2696 de 2004 (compilado en el Decreto 1077 de 2015), en virtud del cual se debían efectuar análisis de impacto regulatorio *ex post* cada tres años, como parte del informe de gestión y resultados (artículo 2.3.6.3.4.13. del Decreto 1077 de 2015).

Como se observa, la obligación de la CRA no es anterior, sino posterior. No obstante, en línea con lo previsto en el Documento Conpes 3816 de 2014 deberían realizarse análisis de impacto normativo o regulatorio de manera previa, más en casos como el que nos ocupa, con la finalidad de tener claridad, razonada y sustentada, entre otros, del problema que originó la necesidad de regular; del objetivo de la regulación; de las alternativas de solución; y una evaluación cualitativa y cuantitativa de las mismas desde las perspectivas jurídica, económica y fiscal, entre otros. En suma, queda claro que las diversas manifestaciones de control judicial y no judicial de la regulación de los SPD para la atención de la pandemia por COVID-19 podrían derivar en la constatación de la hipótesis aquí sostenida: el desconocimiento de la dimensión económica de los SPD, un sacrificio desproporcionado de los intereses de los prestadores y una posible configuración de desequilibrio en las cargas públicas.

CONCLUSIONES

La tarea de armonización de imperativos económicos y no económicos exige, incluso en escenarios como la pandemia por COVID-19, que los reguladores no pierdan de vista su papel y que se garantice la satisfacción proporcional de los intereses en juego y el sacrificio mínimo de los mismos. Dado que la regulación es ejercida por distintos sujetos públicos (ejecutivo, legislador, reguladores y jueces), es necesaria su actuación coordinada con miras a que las medidas adoptadas por ellos vayan en la misma línea, no choquen entre sí o se resten mutuamente eficacia. Es indudable que en el contexto de la atención de la pandemia por COVID-19 las medidas regulatorias adoptadas debían privilegiar la dimensión social de los SPD. Ello no debe, sin embargo, significar una patente de corso para lesionar, no evitar la lesión u omitir el análisis en relación con el posible daño de los intereses que se derivan de la dimensión económica de los SPD. Con todo, pareciera que el control, judicial y no judicial, de las medidas regulatorias estudiadas arrojarían un resultado negativo, pues no llevaron a armonizar los objetivos en juego, generando impactos evidentemente desproporcionados para los prestadores. Puede entonces afirmarse que estas medidas alteran las condiciones de libre mercado en la prestación de SPD y exceptúan la aplicación del régimen jurídico de

derecho preestablecido en la materia, impiden que los prestadores adopten las medidas connaturales al no pago del servicio o actualicen las tarifas.

Conviene aclarar la anterior premisa: las medidas, todas, muy bien intencionadas y seguramente pertinentes para la protección de los usuarios de los SPD, comportan riesgos para la gestión empresarial y financiera de los prestadores de SPD de acueducto y alcantarillado. En efecto, no hay garantía alguna de recuperación de los costos de reconexión o reinstalación; mucho menos para recuperar –incluso si se suscribieron los acuerdos de pago– el precio de los consumos facturados y diferidos, ni tampoco garantía de no afectación de la suficiencia financiera por la prohibición de incrementos tarifarios.

Las pruebas de la materialización del riesgo expuesto pueden derivarse de los resultados obtenidos, y aquellos que pueden llegarse a producir de la ejecución de los mecanismos de control jurídico, judicial y no judicial, en virtud de los cuales las medidas regulatorias pueden ser declaradas inconstitucionales (en el caso de los decretos legislativos) o nulas (en el caso de los actos administrativos), y pueden llegar a generar condenas en juicios de responsabilidad civil extracontractual del Estado (reparación directa derivada de acto nulo o del acto válido). Igualmente, como producto del ejercicio del control no judicial de resultado pueden hacerse evidentes las falencias en la regulación, al no satisfacer los requisitos de calidad regulatoria, al no prever remedios presupuestales para solventar el no pago por parte de los usuarios y al no haber desarrollado un somero análisis de impacto regulatorio.

Las posturas críticas expuestas en este artículo no buscan, de ninguna manera, cuestionar o poner en duda la introducción de medidas regulatorias a favor de los intereses no económicos que deben garantizarse en la prestación de SPD, derivados de su dimensión social, o cuestionar las medidas regulatorias tendientes a garantizar el acceso efectivo a los SPD por parte de toda la población colombiana con el fin de contribuir a la mitigación de los efectos de la pandemia por COVID-19. Por el contrario, las críticas hechas buscan reivindicar la finalidad de la regulación de los SPD, la cual exige, además de la garantía de los derechos de los usuarios, la introducción de medidas regulatorias que garanticen efectivamente los derechos económicos de los prestadores. Por lo demás, y al margen de las results de los procesos de control inmediato de constitucionalidad (para los decretos legislativos) o de legalidad (actos administrativos que desarrollan las medidas del estado de excepción), se puede cuestionar, en relación con la finalidad propia de la intervención estatal mediante regulación económica, que estamos frente a normas parcialmente eficaces, ya que las medidas previstas para garantizar la recuperación de los costos asumidos por los prestadores no cuentan con garantías de eficacia y dependen de factores contingentes, como la voluntad de los usuarios de efectuar los pagos.

BIBLIOGRAFÍA

DOCTRINA

- AGUDO, JORGE. *La función administrativa de control: Una teoría del control orientada a la configuración de un sistema de justicia administrativa*. Cizur Menor: Civitas Thomson Reuters, 2018.
- BETANCOR, ANDRÉS. *Regulación, mito y derecho. Desmontando el mito para controlar la intervención de los reguladores económicos*. Madrid: Editorial Aranzandi, 2010.
- CAMMELLI, MARCO. "Riforme amministrative e riforma dei controlli". En Marco Cammelli (ed.), *Il sistema dei controlli dopo il D.lgs. 289/1999*. Rimini: Maggioli, 2001.
- CARVAJAL, BERNARDO. "¿Cómo asegurar calidad regulatoria?". *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n.º 9, 2013.
- CASSESE, SABINO. *Corso di diritto amministrativo. Istituzioni di diritto amministrativo*, 5.ª ed. Milán: Giuffrè Editore, 2015.
- CHEVALLIER, JACQUES. *El Estado de derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015.
- CONSEJO DE ESTADO. *Antología jurisprudencia y conceptos, 1817 a 2017, Sección tercera*, t. B. Bogotá: Imprenta Nacional, 2018.
- CORSO, GUIDO. *Manuale di diritto amministrativo*. Turín: Giappichelli, 2017.
- D'AURIA, GAETANO. "I controlli". En Sabino Cassese (ed.), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, t. II. Milán: Giuffrè, 2003.
- D'AURIA, GAETANO. "I controlli". En Sabino Cassese y Claudio Franchini (eds.), *L'amministrazione pubblica italiana: Un profilo*. Bologna: Il Mulino, 1994.
- FERNÁNDEZ, TOMÁS-RAMÓN. *Arbitrario, arbitraire, arbitrary. Pasado y presente de un adjetivo imprescindible en el discurso jurídico*. Madrid: Iustel, 2016.
- FERNÁNDEZ, TOMAS-RAMÓN. *De la arbitrariedad de la administración*, 5.ª ed. Navarra: Editorial Aranzadi., 2018.
- GREPPI, ANDREA. *La democracia y su contrario. Representación, separación de poderes y opinión pública*. Madrid: Editorial Trotta, 2012.
- MONTAÑA, ALBERTO. *El concepto de servicio público en el derecho administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.

- MONTAÑA, ALBERTO. *Fundamentos de derecho administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.
- OSPINA, ANDRÉS. "La eficacia en el derecho administrativo colombiano: de advenediza a reina. Reflexiones a partir de la obra de Eberhard Schmidt-Assmann". En Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Javier Barnes Vázquez e Mónica Lilliana Ibagón (eds.), *Perspectivas de una reforma: Estudios de derecho administrativo a partir de la obra de Eberhard Schmidt-Assmann*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016.
- OSPINA, ANDRÉS. *De la jurisdicción administrativa a la jurisdicción de lo contencioso administrativo: ¿Un viaje de ida y vuelta?* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009.
- PALACIOS MEJÍA, HUGO. "El inútil concepto de 'servicio público'. Notas para una crítica desde la prospectiva de 'Law and economics'". En *Derecho económico. Colección Enrique Low Murtra*, t. III. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001.
- PAPA, VALENTINA. *Effettività dei controlli gestionali della Core dei Conti. Esame delle misure consequenziali*. Canterano: Aracne Editrice, 2017.
- PERDOMO VILLAMIL, CAMILO. "Reivindicación del control no judicial de la función administrativa: bases para su (re)construcción dogmática". En *Las transformaciones de la administración pública y del derecho administrativo*, t. iii, *Las dimensiones del control sobre la actividad administrativa*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019.
- PERDOMO VILLAMIL, CAMILO. *Regulación económica: Caracterización y control*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.
- PIMIENTO, JULIÁN. "Responsabilidad o solidaridad. El fundamento del deber de reparar en el ámbito de la responsabilidad extracontractual del Estado". *Revista de Derecho Público*, n.º 36, 2016.
- RINCÓN CÓRDOBA, JORGE IVÁN. *La teoría de la organización administrativa en Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, JOSÉ MARÍA. *Metodología del derecho administrativo: Reglas de racionalidad para la adopción y el control de la decisión administrativa*. Madrid: Marcial Pons, 2016.
- SCHMIDT-ASSMANN, EBERHARD. "Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la Teoría General del Derecho Administrativo". En Javier Barnes (ed.), *Innovación y reforma en el derecho administrativo*. Sevilla: Global Law Press–INAP, 2012.
- WALINE, JEAN. *Droit administratif*, 26.^a ed. París: Dalloz, 2015.

JURISPRUDENCIA

Corte Constitucional

Sentencia C-154 de 28 de mayo de 2020, expediente RE-237.

Sentencia C-389 de 22 de mayo de 2002, expediente D-3765.

Sentencia C-1162 de 6 de septiembre de 2000, expediente D-2863.

Sentencia C-066 de 11 de febrero de 1997, expediente D-1394.

Sentencia C-263 de 13 de junio de 1996, expediente D-1059.

Sentencia T-578 de 3 de noviembre de 1992, expediente T-1848.

Sentencia C-580 de 5 de noviembre de 1992, expediente D-058.

Sentencia T-540 de 24 de septiembre de 1992, expediente T-3126.

Consejo de Estado

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 3 de septiembre de 2020, radicado n.º 25000-23-26-000-2009-00131-01(42003).

Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto de 3 de abril de 2020, radicación n.º 11001-03-15-000-2020-00946-00(CA)A.

Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto de 12 de mayo de 2020, radicación n.º 11001-03-15-2020-01780-00.

Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 28 de octubre de 2020, radicado n.º 11001-03-15-000-2020-01780-00 (2020-02090-00).

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 5 de febrero de 2021, radicado n.º 76001-23-31-000-2010-00319-01 (52775).

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 23 de mayo de 2012, radicado n.º 73001-23-31-000-2000-01063-01(24626).