

PRINCIPIO DE CONSONANCIA - Acción popular / PRINCIPIO DE CONGRUENCIA - Acción popular / ACCION POPULAR - Debido proceso / DEBIDO PROCESO - Acción popular / JUEZ POPULAR - Limitaciones

Tal y como lo destacó recientemente la Sala todo juzgador, incluido el popular, debe respetar el principio de consonancia o congruencia que debe informar al fallo, en tanto la imparcialidad del juzgamiento exige identidad entre lo decidido y el petitum (las pretensiones) y la causa petendi (los hechos que le sirven de fundamento), aunque en sede popular no reviste el carácter absoluto que por regla general tiene, en razón de la naturaleza de la acción y al particular carácter de los derechos objeto de amparo. Dos restricciones tiene, pues, en esta materia el juez popular al decidir: No le está permitido abordar el estudio de intereses colectivos no invocados en el escrito de demanda popular, bien sea de manera expresa o que se pueda inferir del contenido de los hechos. Aunque la sentencia puede referirse al curso que vayan tomando los hechos y no sólo los invocados en la demanda., como en este caso que aunque aludía en un comienzo exclusivamente al proceso de selección del operador, es posible que aborde su resultado: el contrato mismo suscrito; no le es dado cambiar sustancialmente, como se intenta en el sub lite, en las alegaciones y en la apelación, la conducta trasgresora invocada en la demanda y traer ahora asuntos nuevos, sobre los cuales los accionados no tuvieron oportunidad de pronunciarse dentro del proceso. Una y otra limitantes a los amplios poderes del juez popular, se erigen en una garantía del derecho fundamental al debido proceso (art. 29 Constitucional). Con esta perspectiva, los ordinales a) b) y c) del artículo 18 de la ley 472 señalan que para promover una acción popular debe indicarse el derecho o interés colectivo amenazado o vulnerado, los hechos que motivan la petición y la enunciación de las pretensiones, respectivamente. En la misma línea garantista, el inciso segundo del artículo 5º de la ley 472 dispone que el juez popular velará por el respecto al debido proceso, las garantías procesales y el equilibrio entre las partes, preceptiva que reproduce, en sede popular, el mandato general contenido en el artículo 9º de la ley Estatutaria de Administración de Justicia. Nota de Relatoría: Ver Sentencia de 16 de abril de 2007, Radicación número: AP-00640 01, Actor: Alex Adolfo Pimienta Solano, Demandado: Municipio de Albania y otros, C. P. Ruth Stella Correa Palacio.

SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS - Nueva noción de servicio publico / SERVICIO PUBLICO - Diferente a función pública / FUNCION PUBLICA - Diferente a servicio público

La Carta de 1991, al regular los servicios públicos domiciliarios como un apartado especial de la Constitución Económica, introdujo un cambio sustancial: el nuevo ordenamiento constitucional dejó atrás la noción de servicio público que lo asimilaba a una proyección de la 'función pública' y optó por un 'nuevo servicio público' basado en el modelo competitivo: a la vez libre e intervenido por el Estado en su condición de director general de la economía. De ahí que los servicios públicos domiciliarios dejaron de ser concebidos como función pública, a la manera de la escuela realista de Burdeos, para ser tratados como un capítulo singular de la Constitución Económica dentro de un modelo "neocapitalista, propio de una economía social de mercado, que pretende conciliar las bondades de la competencia con la necesaria intervención estatal, en orden a proteger al usuario final". En efecto, la prestación de los servicios públicos no reviste el carácter de función pública. Y no la reviste, porque la Constitución misma dispone que una y otra materias son objeto de regulación legal separada. Así, el numeral 23 del artículo 150 distingue con claridad las leyes que "regirán el ejercicio de las funciones públicas" de aquellas que se ocupan de la "prestación de los servicios

públicos”. De otro lado, no debe olvidarse que los servicios públicos son regulados en el marco del Régimen Económico (Título XII) y no dentro del apartado de la Constitución dedicado a la Organización del Estado (Título V a X), como sí sucede con la función pública cuyo entorno constitucional se encuentra consignado en el capítulo 2 del Título V (arts. 122 a 131 C.N.). Esta superación de la vieja concepción orientada por el profesor Duguit conforme a la cual los servicios públicos eran una manifestación de la función pública, ha sido puesta de relieve en forma, por demás, reiterada por la Sala en múltiples pronunciamientos. En ese orden de ideas, la jurisprudencia de la Sala tiene determinado que el servicio público dejó de ser sinónimo de función pública, en tanto “la Constitución de 1991 significó un gran cambio en cuanto se refiere a la concepción de los servicios públicos, pues reconoce que el Estado y los particulares pueden concurrir, en condiciones de libre competencia, a su prestación, sin que ello signifique que renuncie a su condición de director general de la economía y garante del cumplimiento de la función social de la propiedad”. Nota de Relatoría: Ver Sentencia de 26 de enero de 2006, Radicación número: AP-54001-23-31-000-2002-01944-01, C.P. Ruth Stella Correa Palacio; Sentencia de 13 de mayo de 2004, Radicación número: AP-0020, C.P. María Elena Giraldo Gómez. En el mismo sentido Sentencia de 10 de febrero de 2005, Radicación número: AP-00254 C.P. María Elena Giraldo Gómez; Sentencia de 24 de febrero de 2005, Actor: Alberto Poveda Perdomo, Demandada: Empresas Públicas de Neiva y Otros, Radicación: AP-01470, C. P. Ramiro Saavedra Becerra; Auto de 17 de febrero de 2005, Expediente número: 27673, Radicación número: 00277 01, Actor: Rodrigo Villamil Virgüez, Demandado: Nación - Ministerio de Comunicaciones y Otros, C. P. Alier E. Hernández Enríquez; de la Corte Constitucional, Sentencias C 066 de 1997, C 209 de 1997 y C 037 de 2003. En el mismo sentido Auto S-701 de 23 de septiembre de 1997; Sentencia C 037 de 2003

SERVICIOS PUBLICOS - Prestación eficiente / INTERVENCION DEL ESTADO EN EL MERCADO - Función regulatoria. Servicios públicos domiciliarios / FUNCION REGULATORIA - Naturaleza jurídica administrativa / SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS - Función regulatoria

Ahora, si bien los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 365 Superior, el mismo precepto indica que la función estatal estriba en “asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional” (servicio universal) y asegurar no significa prestar. Es por ello que luego de señalar que los servicios públicos pueden ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por particulares, el artículo 365 Constitucional establece que en todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios, o lo que es igual, según la Constitución estas últimas son las funciones propias de los órganos del Estado, en tanto facetas de la función de policía administrativa, que el Estado “mantiene” o se “reserva”, como ámbito de lo no “privatizable”. Sobre la naturaleza jurídica administrativa, y por lo mismo subordinada a la ley, de la función regulatoria como instrumento de intervención del Estado en el mercado de los servicios públicos domiciliarios, dijo recientemente la Sala en sede de contencioso objetivo(...). En punto de los instrumentos de intervención estatal en el mercado de los servicios públicos domiciliarios, la misma providencia puso de relieve su íntima relación con los cometidos constitucionales de calidad, universalidad y eficiencia(...). Dentro de estos instrumentos de intervención del Estado en el mercado de los servicios públicos domiciliarios, papel destacado corresponde al control y vigilancia de las normas, planes y programas (numeral 3.4 del artículo 3º de la ley 142). Nota de

Relatoría: Sentencia de 2 de mayo de 2007, Radicado: 1100-10-326-000-1998-05354-01 (16.257), Actor: Empresa de Energía de Bogotá S.A. E.S.P., Demandado: Nación-Ministerio de Minas y Energía-CREG, Referencia: Acción de nulidad, C. P. Ruth Stella Correa Palacio.

SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS - Operadores. Modalidad / PRESTADORES DE SERVICIOS PUBLICOS - Modalidad de operadores

En desarrollo de lo dispuesto por el inciso segundo del artículo 365 Constitucional, el artículo 15 de la ley 142 dispone que la prestación de los servicios puede estar a cargo de seis distintas modalidades de operadores que se agrupan bajo la expresión genérica de “prestadores de servicios público”: ii) Las empresas de servicios públicos; ii) los productores de servicios marginales, independientes o para uso particular (art. 16 y 14.15); iii) el municipio prestador directo (art. 6º y 14.14); iv) las comunidades organizadas; v) las entidades descentralizadas, al momento de expedir la ley y temporalmente, cuyos propietarios no deseen que su capital esté representado en acciones que deben adoptar la forma de empresa industrial y comercial del Estado (parágrafo 1º art. 17, arts. 180 y 182) y vi) las entidades autorizadas para prestar servicios públicos durante los períodos de transición previstos en la ley 142 (art. 181). Sin embargo, las empresas de servicios públicos constituyen el prestador por antonomasia o prototipo del prestador de servicios público. Nota de Relatoría: Ver Auto de 18 de julio de 2007, Radicación número: 29745, Actor: Inversiones Iberoamericanas Colombia Ltda Iberocol Ltda, Demandado: Codensa S.A. E.S.P.-Empresa de Energía de Bogotá S.A. E.S.P., C.P. Ruth Stella Correa Palacio; Sentencia de 25 de octubre de 2006, Radicación número: AP-01843-02, Actor: José Omar Cortés Quijano, Demandado: Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y otro, C.P. Ruth Stella Correa Palacio. En el mismo sentido, Auto de 18 de julio de 2007, Radicación número: 29745, Actor: Inversiones Iberoamericanas Colombia Ltda Iberocol Ltda, Demandado: Codensa S.A. E.S.P.-Empresa de Energía de Bogotá S.A. E.S.P., C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

PRESTACION DIRECTA DEL SERVICIO - Municipio. Intervención / MUNICIPIO - Prestación directa del servicio. Intervención / SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS - Intervención. Municipio prestador directo

Por manera que, de acuerdo con la normativa en comento, la prestación directa de los servicios públicos por parte de los municipios configura una situación excepcional y, cuando ello tiene lugar, la ley no obstante autorizar la operación bajo la propia personalidad jurídica del municipio, con sus funcionarios y su patrimonio, impone unas reglas estrictas en orden a separar la contabilidad de éste de la de cada servicio público domiciliario prestado directamente. Pero, en todo caso, el municipio prestador directo -como modalidad de entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios- no escapa a las funciones de regulación, control, inspección y vigilancia, como instrumentos caracterizados de la intervención del Estado en este mercado y por lo mismo está sujeto, en lo que no sea incompatible con la Constitución o con la ley, a todo lo que la ley prevé respecto de las empresas y sus administradores, en perfecta consonancia con el mandato general previsto en el inciso final del artículo 3º de la ley 142, atinente a los instrumentos de intervención estatal en los servicios públicos. En atención a que se trata de una situación excepcional, la operación directa de los servicios públicos por parte de los municipios, está sujeta a una regla especial de intervención por parte de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. (...) De ahí que las condiciones de aplicabilidad del precepto en mención pueden

formularse esquemáticamente así: i) Se predica exclusivamente de municipios prestadores directos; ii) Debe mediar incumplimiento del régimen jurídico aplicable a los servicios públicos (normas de calidad regulatorias, suspensión del pago de sus obligaciones, ausencia de contabilidad adecuada o violación en forma grave de las obligaciones previstas en la ley). Este incumplimiento debe ser acreditado previamente por medio de una investigación que adelante la Superintendencia en ejercicio de su potestad sancionatoria o derecho correccional en orden a reprimir acciones u omisiones antijurídicas. iii) Es una competencia privativa del Superintendente de Servicios Públicos (numeral 6º del artículo 7º del decreto 990 de 2002); iv) Esta atribución se ejerce en defensa de los usuarios y para proteger la salud y bienestar de la comunidad; v) Esta modalidad de intervención lo faculta para desplazar al municipio prestador directo e invitar a una empresa de servicios públicos (sin que medie participación alguna del municipio infractor) para que asuma la prestación del servicio; vi) Como consecuencia de esta invitación a un tercero operador, el Superintendente impondrá una servidumbre sobre los bienes municipales necesarios para que el operador especializado pueda prestar el servicio, ello para hacer efectiva la medida pues de lo contrario la misma encontraría oposición en la práctica del municipio sancionado y tornaría en nugatoria; vii) No se requiere participación alguna del municipio prestador directo en la confección del nuevo esquema de operación, en tanto se trata de una competencia intervencionista exclusiva del Superintendente de Servicios Públicos, manifestación de la policía administrativa sancionatoria; viii) Simultáneamente el Superintendente deberá sancionar al alcalde y administrador respectivo (en tanto operador directo del servicio). Como se advierte, se trata de una situación de excepción en tanto i) opera respecto de un prestador que por definición no está concebido para ello como es la entidad territorial y ii) configura una medida de intervención extrema que dota al Superintendente de un poder extraordinario de seleccionar a un prestador de servicios públicos en sustitución de otro que tiene con ello una de las sanciones más graves previstas en el régimen de servicios públicos domiciliarios. Por lo mismo, se trata -como la toma de posesión- de una medida transitoria y por ello -una vez cumplido el plazo- el servicio retorna al municipio, de conformidad con los artículos 6 y 10 del decreto 398 de 2002.

MORALIDAD ADMINISTRATIVA - Concepto / MORALIDAD ADMINISTRATIVA - Características / MORALIDAD ADMINISTRATIVA - Principio de legalidad / PRINCIPIO DE LEGALIDAD - Moralidad administrativa

Frente a lo que se entiende por moralidad administrativa, la Sala precisó, en tesis que ha sido constantemente reiterada, que en un Estado pluralista como el que se identifica en la Constitución de 1991 (Art. 1), la moralidad tiene una textura abierta, en cuanto de ella pueden darse distintas definiciones. Sin embargo, si dicho concepto se adopta como principio que debe regir la actividad administrativa (Art. 209 ibídem), la determinación de lo que debe entenderse por moralidad no puede depender de la concepción subjetiva de quien califica la actuación sino que debe referirse a la finalidad que inspira el acto de acuerdo con la ley. Desde esta perspectiva, ha de considerarse como inmoral toda actuación que no responda al interés de la colectividad y específicamente, al desarrollo de los fines que se buscan con las facultades concedidas al funcionario que lo ejecuta. Se advierte, por tanto, una estrecha vinculación entre este principio y la desviación de poder. En suma, la jurisprudencia de la Corporación ha ido precisando el concepto de moralidad administrativa, como derecho colectivo que puede ser defendido por cualquier persona, del cual se destacan estas características: “a) es un principio que debe ser concretado en cada caso; b) al realizar el juicio de moralidad de las actuaciones, deben deslindarse las valoraciones sobre conveniencia y oportunidad que corresponde realizar al administrador de aquellas en las que se desconozcan

las finalidades que debe perseguir con su actuación; c) en la práctica, la violación de este derecho colectivo implica la vulneración de otros derechos de la misma naturaleza.” Igualmente ha hecho énfasis la Sala en la utilidad del principio de legalidad a la hora de determinar la violación del derecho colectivo a la moralidad administrativa, en tanto la conclusión de su vulneración no depende del concepto personal del juez sobre lo que considera moral, sino de la justificación que la actuación cuestionada encuentre en el ordenamiento jurídico, eliminando de esa forma cualquier consideración de carácter subjetivo en la inferencia que encuentre el juez en torno ó no de ese derecho. Nota de Relatoría: Ver sentencia del 31 de octubre de 2002. Exp. No. AP-059; Exp. No. AP-166 y AP-170 de 2001; Sentencia del 31 de octubre de 2002, Exp. AP-059. En el mismo sentido ver sentencias AP-166 y Ap-170 de 2001; sentencia del 2 de junio de 2005. Exp. No. AP-720.

ACCION POPULAR - Carga de la prueba / CARGA DE LA PRUEBA - Acción popular / CARGA DE LA PRUEBA SUSTENTADA - Acción popular / PRINCIPIO DE AUTORESPONSABILIDAD - Acción popular

De conformidad con el artículo 30 de la ley 472 (en perfecta consonancia con la regla general contenida en el artículo 177 del CPC), la prueba de los supuestos de hecho a través de los cuales se asegura la vulneración de los derechos colectivos incumbe al actor, regla que sólo es atenuada por el mismo precepto respecto de situaciones en las que por razones de orden económico o técnico la carga de la prueba no puede ser cumplida por el demandante, el juez debe impartir las órdenes necesarias para suplir la deficiencia y obtener los elementos probatorios indispensables para proferir un fallo de mérito. Carga de la prueba sustentada, como también ha precisado la Sala, en el principio de autoreponsabilidad de las partes, que se constituye en requerimiento de conducta procesal facultativa predicable a quien le interesa sacar adelante sus pretensiones y evitar una decisión desfavorable. Nota de Relatoría: Ver Sentencia de 11 de mayo de 2006, Rad. AP-25000-23-26-000-2004-00896-02, Actor: Sergio Sánchez, Demandado: Municipio de Tabio, C. P. Ruth Stella Correa Palacio; Sentencia de abril 16 de 2007, Rad. AP-44001-23-31-000-2005-00483-01, Actor: Carmen Alicia Barliza Rosado Y Otros, Demandado: Ministerio de Desarrollo Económico y Otros, C. P.: Ruth Stella Correa Palacio; Sentencia de 24 de marzo de 2004, Radicación número: 44001-23-31-000-2003-0166-01 (AP), C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

PATRIMONIO PUBLICO - Concepto / ACCION POPULAR - Patrimonio público

En cuanto al derecho colectivo al patrimonio público, este concepto no se agota en la enumeración de los bienes inembargables, imprescriptibles e inalienables ni en los que integran el territorio colombiano (arts. 63 y 101 C.P.), sino que “por patrimonio público debe entenderse la totalidad de bienes, derechos y obligaciones de los que el Estado es propietario, que sirven para el cumplimiento de sus atribuciones conforme a la legislación positiva; su protección busca que los recursos del Estado sean administrados de manera eficiente y responsable, conforme lo disponen las normas presupuestales”. Además, ha señalado esta Sala que aunque “pueda imaginarse un daño a la moralidad administrativa aislado de sus consecuencias..., en la práctica, es difícil concebir un evento en que la administración se separe de los imperativos del principio de la moralidad sin afectar otros derechos colectivos como el de la defensa del patrimonio público, el de la libre competencia económica, el de la seguridad pública o el de la prevención de desastres técnicamente previsibles, entre otros”. En conclusión, no se configuró vulneración del patrimonio público ni a la moralidad administrativa, en cabeza de las entidades demandadas, toda vez que no se demostró dentro del proceso circunstancia o anomalía que permita establecer que se configuró un detrimento

patrimonial de los recursos del Estado, y menos aún se vislumbra un comportamiento lesivo por parte de funcionario alguno, en relación con una desviación de los recursos en perjuicio de los bienes estatales. Nota de Relatoría: Ver Sentencia del 31 de mayo de 2002, exp: 25000-23-24-000-1999-9001-01 Sentencia, Sección Tercera, del 17 de junio de 2001, exp: Ap- 166.

DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS - Generalidades. Libre competencia económica / DERECHO A LA LIBRE COMPETENCIA ECONOMICA - Derechos de los consumidores y usuarios

En consonancia con los mandatos constitucionales (arts. 78, 150.21 y 333), el ordinal n) del artículo 4º de la ley 472 previó dentro de los intereses colectivos pasibles de la acción popular a los derechos del consumidor, lo cual no reviste novedad alguna, como que el derecho nacional con anterioridad a la expedición de la Carta de 1991, ya preveía instrumentos (en su mayoría hoy vigentes aún) de protección del usuario. Los intereses colectivos de los consumidores y usuarios guardan una relación de interdependencia con el también derecho colectivo a la libre competencia económica (ordinal i) del citado artículo 4º de la ley 472), como que no es más que la otra cara de la misma moneda. En efecto, la libre concurrencia ha sido perfilada fundamentalmente en favor del consumidor final, para que éste reciba sus beneficios en especial en cuanto a calidad y precio, como parte frágil de esta relación negocial, que las más de las veces reviste la modalidad de contratos de adhesión o también conocidos como de “condiciones uniformes”. Posición de subordinación, inferioridad, desequilibrio o “asimetría real” que torna imperativa la intervención del Estado en el derecho del consumo. Con esta óptica la Sala tiene determinado en sede popular que la tutela colectiva de los intereses difusos del consumidor configura un capítulo relevante de nuestro modelo económico constitucional, como expresión nítida del constitucionalismo social. Protección frente a eventuales ejercicios abusivos de la libertad económica, que reviste simultáneamente la modalidad individual y la colectiva como señalan doctrinantes como Stiglitz y también precisa nuestra jurisprudencia. Sin embargo, constitucional y legalmente la protección del consumidor de los servicios públicos domiciliarios reviste un carácter especial o singular que lo hace un capítulo separado de la protección del consumidor en general y por lo mismo su defensa pasa fundamentalmente por las reglas particulares previstas en las leyes 142 y 143 de 1994 y en la ley 689 de 2001, que tienen por fuente constitucional el capítulo V del Título XII, de la Constitución Económica, en tanto constituyen un verdadero “Estatuto especial del consumidor de los servicios públicos domiciliarios”, y no las generales de los artículos 78, 333 y 334 Superiores, y a sus respectivos desarrollos legales, preceptos a los cuales sólo es menester recurrir en ausencia de regulación de aquellos. Síguese de todo lo anterior que cuando quiera que se trate de pretensiones populares relativas a servicios públicos domiciliarios como el acueducto y el alcantarillado, habrá de estarse fundamentalmente a las reglas particulares del consumo previstas en el régimen legal de los servicios públicos domiciliarios, y sólo por excepción será menester acudir a las reglas generales previstas para los demás sectores económicos. De allí que este derecho invocado por el actor, se analizará en el siguiente apartado bajo la figura del derecho colectivo al acceso a los servicios públicos, como una subespecie del género “derechos de los consumidores y usuarios”. Nota de Relatoría: Ver Sentencia de 16 de abril de 2007, Radicación número: AP-05001-23-31-000-2004-03831-01, Actor: Edwin Alberto Bermúdez Barbarán, Demandado: Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburra-ETMVA y otros, C. P. Ruth Stella Correa Palacio; Sentencia de 10 de febrero de 2005, Radicación número: 25000-23-25-000-2003-00254-01, Actor: Exenober Hernández Romero, Referencia: AP - 00254 Acción Popular, C.P. María Elena Giraldo Gómez; Sección

Tercera, Sentencia de 10 de febrero de 2005, Radicación número: 25000-23-25-000-2003-00254-01, Actor: Exenober Hernández Romero, Referencia: AP - 00254 Acción Popular, C.P. María Elena Giraldo Gómez; Sentencia de 14 de junio de 2001, Exp. AP 2009, C.P. Alier Hernández Enríquez.

ACCESO A UNA INFRAESTRUCTURA QUE GARANTICE LA SALUBRIDAD PUBLICA - Derechos de los consumidores y usuarios. Causa efecto / DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS - Acceso a una infraestructura que garantice la salubridad

Aunque se trata de dos intereses colectivo autónomos e independientes, toda vez que están previstos por separado en dos ordinales diferentes por el artículo 4º de la ley 472 -el h) prevé el acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública y el n) los derechos consumidores y usuarios- la Sala los tratará en forma simultánea toda vez que en este evento responden a una misma situación en tanto la pretendida infracción del primero acarrea la vulneración del segundo, en una suerte de relación *causa-efecto*.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO

Bogotá, D. C., quince (15) de agosto de dos mil siete (2007)

Radicación número: 88001-23-31-000-2005-00004-01(AP)

Actor: LEANDRO PAJARO BALSEIRO

Demandado: SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS

Referencia: ACCION POPULAR -APELACION DE SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la accionante en contra de la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina el 31 de agosto de 2006, la cual será confirmada.

Mediante la sentencia apelada, se decidió denegar las súplicas de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

A través de escrito presentado ante el Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina el 29 de julio de 2005, Leandro Pájaro Balceiro interpuso acción popular contra la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, con el fin de obtener la protección de los derechos colectivos a la moralidad administrativa, al acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad, al acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna, a los derechos de los consumidores y a la defensa del patrimonio público, previstos en la Ley 472 de 1.998, los que afirma vulnerados en el proceso de invitación pública para seleccionar un operador especializado para la prestación de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y sus actividades complementarias en la isla de San Andrés. Por lo anterior solicitó que se accediera a las siguientes pretensiones:

“1. A que se abstenga de adjudicar el contrato de operación para la Empresa Aguas de San Andrés S.A. E.S.P., para la prestación del servicio público de suministro de agua potable de forma ‘exclusiva’ para los sectores de North End, en los circuitos centro, Hoteleros y Sarie Bay y en el sector de San Luis, y en su lugar de su (sic) correcto proceder y de la buena disposición de las cosas, así como para el desarrollo armónico de toda la región, se autoricen (sic) la prestación de éste servicio básico esencial para todos los usuarios de la isla de San Andrés, cuyas condiciones técnicas y acorde al Plan de Ordenamiento Territorial, lo permitan.

“2. Se dignen ordenar, como medida cautelar preventiva para hacer cesar la vulneración infringida (sic) a los derechos enunciados y con fundamento en el artículo 25 literal a) de la ley 472 de 1998, se ordene la inmediata cesación de las actuaciones que puedan origina (sic) la violación de estos derechos.

“3. Se ordene a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, representada legalmente por la Dra. Eva María Uribe Tobón, suspender el acto administrativo de adjudicación de la mencionada invitación pública, hasta tanto el honorable Tribunal falle en justicia por mandamiento (sic) de la ley al presente interposición (sic) pública.

“4. Se ordene el cumplimiento de la ley establecido en el aparte del regimén (sic) de servicios públicos domiciliarios contenido en su art. 2 [lo transcribe]”

2. Hechos

Se afirmó en la demanda, que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios mediante Resolución No. 866 modificada por las resoluciones 1091, 1958, 2351 y 2092 de 2004 realizó una invitación pública para seleccionar un operador especializado que será contratado por la Empresa de Aguas de San Andrés S.A. E.S.P. para la prestación de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado y sus actividades complementarias en la isla de San Andrés.

Que en los documentos iniciales de la invitación, pro forma 7 propuesta técnica operativa, la Superintendencia estableció para el operador *“dentro de los compromisos por alcanzar durante la vigencia del contrato, entre los indicadores de cobertura y calidad el siguiente: ‘Continuidad en el suministro de agua potable: nos mantenemos (sic) a mantener una disponibilidad de suministro de agua potable de manera continua las 24 horas del día a todos los usuarios del sistema de acueducto a partir del mes___(2) de operación, con una presión de diez (10) mca”*.

Que al modificarse el compromiso del operador por la continuidad en el suministro de agua potable a todos los usuarios de San Andrés, *“por unos sectores donde solo están ubicados unos cuantos usuarios, se están violando los derechos fundamentales, entre ellos el de la igualdad (...) así como el derecho a participar en las decisiones que nos afectan nuestra (sic) vida (...)”*.

Que conforme al artículo 9 de la ley 472 la acción popular procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares que hayan violado o amenacen violar derechos e intereses colectivos y citó como infringidos el artículo 3º de la ley 80, el artículo 3º del decreto 1842 de 1991, los artículos 365 a 370 y 13 Constitucionales, los numerales 1, 2, 3 y 15 del artículo 34 del Código Disciplinario Único, éstos últimos infringidos no obstante que la Superintendencia en el compromiso anticorrupción *“compromete a los adquirentes del documento de condiciones, a cumplir con las determinaciones del Código Disciplinario Único(ley 734 de 2002)”*.

3. Oposición del demandado

La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios presentó escrito de contestación de la demanda por fuera del término de traslado según informe secretarial de 8 de noviembre de 2005.

Mediante auto de 13 de diciembre de 2005 el *a quo* dispuso la vinculación al proceso del Departamento de San Andrés, de la Empresa Aguas de San Andrés S.A. E.S.P. y de la Sociedad Proactiva del Archipiélago S.A. E.S.P, proveído cuya reposición fue despachada negativamente por auto de 1 de marzo de 2006.

La Sociedad Proactiva Aguas del Archipiélago S.A. E.S.P. contestó oportunamente la demanda y solicitó *“tener por reproducidos los argumentos presentados por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios en la oportuna respuesta procesal correspondiente”*.

En su defensa explicó que no es cierto lo afirmado por el demandante pues en el contrato suscrito con Aguas de San Andrés S.A. E.S.P. se estableció en la cláusula 12 (Indicadores de cobertura, calidad y continuidad) que el operador se compromete a mantener una disponibilidad en el suministro de agua potable que incluye el sector Norh End, los circuitos Centro, Hotelero y Sarie Bay: *“Ello quiere decir, que la cobertura del servicio público domiciliario de agua potable abarca los demás sectores de la isla”*.

Que la prestación del servicio por etapas y sectores, obedece a complejos estudios técnicos previos que tienen que ver con la infraestructura existente de acueducto y alcantarillado, infraestructura que no se encuentra en las mismas condiciones técnicas que permita exigir unos mismos indicadores de continuidad en el servicio, calidad y cobertura.

Que fue la Superintendencia quien estableció los sectores para los cuales se contrataría el servicio con el operador, por lo que es la única entidad *“que tiene que ver con el presente proceso”*.

A su turno, Aguas de San Andrés S.A., a través de apoderado, contestó oportunamente la demanda, se opuso a las pretensiones y señaló que en la proforma 7 y en la adenda No. 8 se estableció la continuidad en el suministro de agua potable, de modo que *“el accionante está errado en su apreciación”*.

Por su parte, el Departamento contestó oportunamente la demanda y expuso en su defensa que corresponde al actor la carga de probar la vulneración de los derechos colectivos invocados.

Que todos los actos surtidos dentro de la invitación pública y posterior contratación del operador especializado se hicieron de conformidad con las facultades establecidas en la ley 142, el decreto 398 de 2002 y el decreto 1248 de 2004, conforme a los cuales la Superintendencia puede promover la creación de empresas de servicios públicos de carácter regional de tal forma que se permita una gestión propia de los participantes con sus consecuentes responsabilidades.

Que el proceso se estructuró para atender una demanda mínima de 8 m³ mensuales por suscriptor en todos los sectores de la isla sin embargo en el sector de North end en los circuitos de centro, hotelero y Sarie Bay y en el sector de San Luis se le exige al operador una continuidad de 24 horas en los días de temporada alta sin que desatienda el suministro a los demás usuarios en la Isla, de conformidad con lo establecido en la pro forma 7; que la exigencia de la prestación de este servicio las 24 horas del día en estos sectores se hizo con el objeto de mantener el turismo y el comercio de la isla, principales fuentes de empleo y sostenimiento, de modo que todos los usuarios están gozando del mismo derecho de acceso a los servicios públicos domiciliarios de acuerdo a las necesidades de consumo básico.

Que “ha de tenerse en cuenta que el operador con las condiciones actuales de la infraestructura ni siquiera podrá mantener la continuidad en el servicio las 24 horas del día en el sector de North End, en los circuitos de centro, hotelero y Sarie Bay y en el sector de San Luis, para ello tendrá que poner en funcionamiento la planta desalinizadora dada la necesidad de mantener una economía estable en el Departamento, pues reitero, que (sic) el fin único de esta exigencia al operador fue con el objeto de mantener el turismo y el comercio de la Isla, principales fuentes de empleo y sostenimiento”.

Que los documentos CONPES 2775 de 1995 y 2912 de 1997 fijaron los lineamientos generales de la política de participación privada en infraestructura y autorizaron la creación del programa de modernización empresarial (PME), como parte de la estrategia para promover la participación privada en el sector de agua potable y saneamiento básico, respectivamente. Con base en los cuales el

Gobierno Nacional *“determinó que la prestación de estos servicios presentaba serias deficiencias de cobertura y calidad”* e identificó dos causas fundamentales de ello: i) la falta de autonomía de los prestadores y ii) la atomización de los recursos por vigencias presupuestales *“que no permiten acometer planes de inversión integrales por falta de una planeación financiera de mediano y largo plazo”* la cual deriva en un ciclo de baja deficiencia caracterizado por *“tarifas reducidas, estructuras de costos crecientes, bajos recaudos, inversión escasa e ineficiente, pobre mantenimiento y deficiente calidad de los servicios”*.

Que se pudo establecer que la problemática tendía a agravarse pues la cobertura aproximada de acueducto es de 27% y la de alcantarillado de 7% *“[e]l recaudo no cubre los costos operacionales, las tarifas no cumplen con la normatividad vigente en la materia y no existe la infraestructura adecuada para realizar la micromedición y macromedición, aunado a los racionamientos prolongados debido al crecimiento de la población, la afluencia de turismo, las limitaciones en la oferta de aguas subterráneas y los altos costos asociados al aprovechamiento de agua salina”*.

Que de conformidad con lo establecido por el inciso 3º del numeral 6.4 del artículo 6º de la ley 142 y sus decretos reglamentarios 398 de 2002 y 1248 de 2004, se constituyó la empresa Aguas de San Andrés S.A. E.S.P., como empresa oficial de carácter departamental, la cual es *“propietaria o poseedora (sic) de la infraestructura de los servicios de acueducto y alcantarillado en San Andrés Isla”*.

Que se trata de un proceso de intervención a través del cual, la Superintendencia adoptó una medida administrativa transitoria para la defensa de los usuarios y para proteger la salud y bienestar de la comunidad, con arreglo a lo previsto por las normas ya indicadas ya que no eran aplicables las disposiciones de la ley 80.

Que al definirse las condiciones de prestación del servicio se tuvo en cuenta que las nuevas condiciones permitieran un mejoramiento del servicio en términos de continuidad, calidad, eficiencia y cobertura, por tal razón se estableció en el documento de condiciones del cual hace parte la adenda 8 modificatoria de la pro forma 7 correspondiente a la propuesta técnica operativa, exigencias en cuanto a los indicadores de prestación del servicio que permiten que el operador supere los índices de calidad en las áreas donde hay lugar a ello, tal es el caso de los sectores North End en los circuitos centro, hotelero y Sarie Bay.

Que en esos sectores, el nuevo operador debe administrar el agua potable con una continuidad de 24 horas al día, por tal razón resultó el contenido de la pro forma 7. Estas condiciones futuras -agrega- fueron diseñadas teniendo en cuenta las restricciones de oferta del recurso hídrico para atender la demanda, y los recursos disponibles aportados por el Gobierno Nacional y Departamental, es así que como el proceso se estructuró para atender una demanda mínima de 8 m³ mensuales por suscriptor en todos los sectores de la isla. Sin embargo en los circuitos mencionados en la adenda No.8 se le exige al operador una continuidad de 24 horas en los días de temporada alta sin que desatienda los 8 m³ exigidos, con el objeto de mantener el turismo y el comercio de la isla, principales fuentes de empleo y sostenimiento.

Que en los otros sectores en donde la infraestructura del acueducto y alcantarillado no permite unos índices tan exigentes, se establecieron también unos indicadores que permitieran superar el estado actual del servicio *“pero dejando la salvedad que la prestación del servicio se realiza en toda la isla y no únicamente en los sectores señalados”*.

Que este proceso culminó con la Resolución SSPD 20051300015775, acto administrativo que no fue recurrido por ninguno de los consorcios proponentes *“quienes eran los únicos legitimados para discutir los aspectos relacionados con la selección del operador y que dio origen a la suscripción del contrato”*. Por ello no está llamada a prosperar la pretensión de abstenerse de adjudicar ya que el contrato se adjudicó en los términos de ley.

Que a su juicio el proceso de vinculación del operador especializado para la isla de San Andrés se enmarcó en lo dispuesto por el Plan Nacional de Desarrollo, la ley 142 y sus decretos reglamentarios, teniendo como eje central las necesidades y recursos del Departamento Archipiélago.

Que las diferencias en cuanto a la continuidad del suministro del servicio se establecieron de acuerdo a estudios técnicos que determinaron que la infraestructura del acueducto y alcantarillado no se encuentran en las mismas condiciones técnicas que permitan exigir unos mismos indicadores de continuidad en el servicio, calidad y cobertura de los mencionados servicios.

Propuso la excepción de falta de legitimación por pasiva en tanto las actividades desarrolladas durante el proceso de selección del operador fueron ajenas al departamento.

4. La audiencia de pacto de cumplimiento y alegaciones

Luego de varias suspensiones por diversos motivos, el 10 de mayo de 2006 se celebró la audiencia especial de pacto de cumplimiento, la cual se declaró fallida por cuanto no se propusieron fórmulas de arreglo.

Por auto de 31 de mayo de 2006 se abrió el proceso a prueba y mediante proveído de 11 de julio siguiente se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión.

El actor, luego de repetir lo señalado en el escrito de demanda, añadió que la Superintendencia en la elaboración de la minuta del contrato para la operación del servicio público domiciliario actuó en contraposición a la finalidad esencial de sus funciones (art. 79 ley 142), así como del artículo 160 de la misma ley.

Que las actuaciones de la Superintendente denotan un evidente interés de favorecimiento a terceros, pues en la etapa posterior al proceso de selección y contratación ordenó al Gobernador facturar la totalidad de servicios prestados pendientes de cobro a los usuarios y endosárselos al nuevo operador privado, junto con la totalidad de la cartera morosa *“actitud altamente intromisoria (sic) por parte de esta servidora pública”*. Adujo que *“en San Andrés siempre se ha prestado el servicio durante dos horas al mes, cuando mucho, sin excepción alguna. Por eso nuestra administración, conciente (sic) de ello, nunca había presionado con este cobro a la comunidad usuaria de las islas, y ahora esta funcionaria presiona al Gobierno, ordenándole pasar esos dineros al operador privado”*.

Que *“sabemos que se le suministre agua potable al 100% de la población Sanandresana. Pero si a alguien se le va a suministrar, debe ser prioritariamente a la población local más vulnerable, y no como pretende la SSPD suministrársela preferencialmente a una población flotante (flujo turístico) (...)”*

Que el operador privado es responsable por concepto de falla en la prestación del servicio por el no suministro de agua de buena calidad, apta para el consumo humano, pues lo que suministra es *“agua pútrida y fétida como acontece en los sectores de los barrios Cartagena Alegre, El Cocal, Rock Hole, Barrio Obrero, etc.”*

Al concluir advirtió *“se podrán percatar los honorables magistrados el pingüe negocio que se le ofrece en bandeja al operador privado, al obligarnos a los usuarios la Superintendencia (...) ha (sic) pagar un servicio que no se presta en su totalidad, como si lo estuviéramos recibiendo de una manera eficiente y de buena calidad, atentándose hasta contra la salubridad pública”*.

La Sociedad Proactiva Aguas del Archipiélago S.A. E.S.P. reiteró lo expuesto en la contestación de la demanda.

La Procuradora Judicial Ambiental y Agraria conceptuó que teniendo en cuenta que la Isla de San Andrés *“fue construida (sic) de manera empírica sin prever la planificación urbanística lo cual conllevó (sic) a consecuencias tan graves como que el hecho innegable de que se presentó (sic) una gran expansión de construcciones sin contar con los servicios básicos domiciliarios (...) aunado con el hecho de que no se le prestó (sic) el mantenimiento necesario, por lo cual es frecuente encontrar tuberías averiadas (...)”* lo cual sumado a la realidad del terreno, hace que el proceso de abastecimiento de estos servicios no puede darse de manera inmediata y generalizada, sino en forma expansiva, paulatina y gradual, hasta lograr vincular a los usuarios posibles de gozar de este servicio.

Que las pruebas muestran que el proceso adelantado por la Superintendencia se hizo basado en un diagnóstico real de la situación de la isla *“y su solución no puede ser mágica como todos quisiéramos sino ajustada a la realidad y esta realidad va de la mano de tanqueras técnicas y naturales, pero en últimas la escogencia del operador y el contrato firmado no excluye a ningún sector o habitante de la isla sino que toda la isla va a contar con estos servicios”*.

Que los actos surtidos dentro de la invitación pública y posterior contratación del operador especializado se realizaron de acuerdo a las facultades establecidas en la ley 142 y sus decretos reglamentarios, por lo que no es procedente ordenar abstenerse de adjudicar un contrato que ya se encuentra adjudicado y por lo tanto tampoco es procedente suspender el acto administrativo de adjudicación.

Que no hay violación de los intereses colectivos invocados pues se demostró que el proceso de solucionar la problemática de alcantarillado y acueducto en la isla se da en desarrollo de una política de Estado que busca mejorar a quienes tienen el servicio de manera deficiente y proporcionarlo a quienes carecen del mismo, además *“[q]uedó demostrado dentro del proceso que no hay exclusión en la prestación del servicios (sic) simplemente se tratan (sic) de estrategias de cobertura y que toda la comunidad va a contar con estos servicios y la frecuencia de los mismos pues (sic) pues dependerá de la (sic) posibilidades técnicas y garantizan un mejoramiento u optimización del mismo para aquellos sectores que ya cuentan con la infraestructura, no olvidando que este proceso se dará de manera paulatina(...) Las exigencias de optimación (sic) tres años (sic) del servicio de manera continua de 24 horas en estos sitios abarca la gran mayoría de barrios de las islas los cuales gran parte (sic) cuentan con infraestructura pero esta está deteriorada y es necesario valorar y reparar”*

Igualmente conceptuó la Procuraduría 54 Judicial II Administrativa en sentido similar al concluir que *“no le cabe razón al accionante y que por lo tanto se debe (sic) negar las pretensiones”*.

La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios guardó silencio.

5. La providencia impugnada

El Tribunal consideró que aunque las pretensiones de la demanda se encuentran *“sustraídas”* en cuanto a su oportunidad y materia pues al momento de notificarse el auto admisorio el contrato ya había sido suscrito, ello no obsta para analizar si dicho contrato se pactó conforme a las condiciones previstas en la adenda No. 8 y si estas condiciones entrañan una posible vulneración de los derechos colectivos enunciados en la demanda.

Que sobre los nuevos hechos presentados por el actor en su alegato de conclusión, no es posible ocuparse pues ellos constituyen una reforma de la demanda y no es la oportunidad procesal para intentarla.

Que el documento CONPES 3350 de 2005 puso de relieve la deficiencia en la prestación de los servicios de acueducto y alcantarillado, lo cual explica y justifica la necesidad que tuvo la Superintendencia de hacer uso de la facultad que le otorga el artículo 6 de la ley 142 y sus decretos reglamentarios. En la cláusula 12 del contrato de operación se estipularon los indicadores de cobertura, calidad y continuidad que debe cumplir el operador del servicio. Agregó que en la audiencia de pacto de cumplimiento se explicaron -como lo señala la Procuraduría- las razones técnicas, y económicas que se tuvieron en cuenta para definir la cobertura y continuidad de este servicio durante el término de ejecución del contrato.

Que de los documentos probatorios obrantes en el expediente se colige que los fines de la intervención del Estado en los servicios públicos previstos en el artículo 2º de la ley 142 *“se patentizan en la actuación de la Superintendencia de Servicios Públicos al intervenir la prestación del servicio de acueducto en la isla de San Andrés”* pues tanto en el contrato de operación como en los planos de las obras de la red que por virtud del mismo se proyecta realizar *“claramente se establece que quedaron incluidos los sectores densamente poblados de la Isla, propiciando un aumento de la cobertura del servicio de agua potable, a la vez que se le impone al operador la obligación de suministrar agua potable las 24 horas del día a los suscriptores de los circuitos Centro, Hotelero y Sarie Bay del sector de North End, y del sector de San Luis, a partir del mes 36 de haber entrado a operar el servicio, garantizando, igualmente, el suministro del consumo básico de hasta 8 m³ de agua al mes a cada suscriptor que se encuentre por fuera de los mencionados circuitos”*.

Que los circuitos denominados Sarie Bay, Centro y Zona Hotelera del sector North End comprenden numerosos barrios, algunos de los cuales son subnormales y deprimidos económicamente y que la circunstancia de que en el contrato se haya estipulado que el suministro de agua potable al tercer mes de operación tenga una continuidad de 24 horas *“constituye de por sí un mejoramiento sustancial de la permanencia del servicio, de acuerdo con la infraestructura existente y sin que ello signifique, como lo ha entendido el accionante, una violación del derecho de los usuarios al poner en condiciones distintas -inferiores- a los usuarios de los otros sectores, a quienes se les aumentará la cobertura del servicio, acorde con los avances en la implementación de la infraestructura requerida”*.

6. Razones de la impugnación

La parte actora discrepa de la decisión adoptada por el *A quo*, con fundamento en los siguientes argumentos:

6.1 Al modificar las obligaciones del operador privado se está dando un trato privilegiado a un sector de la isla.

6.2 Se comenta *“a (sic) vox populi”* que ese contrato es un regalo para esos extranjeros españoles *“ya que además de los \$20.000 millones y demás desembolsos oficiales comprometidos en las cláusulas 26, 27, 28 y 29 del contrato de operación (...) están los contemplados a percibir a costa de la canasta familiar de los usuarios del servicio vía tarifa (...) con toda esta subvención (sic) que pagamos los usuarios del servicio ¿Por qué la Superintendencia (...) que es el gran cerebro de este negociado, compromete vigencias futuras patrimoniales de nuestra comunidad? (los recursos por ley 715 fueron pignorados durante 9 años, lo cual es ilegal)”*

6.3 Se cobra al usuario un servicio que no se le presta y al efecto anexa al recurso algunas quejas de los usuarios.

6.4 Reprocha la forma como se encuentra la infraestructura vial ¿????? del Departamento Archipiélago y como *“después de un año de funcionamiento del operador privado y de haber recibido más de \$4.000 millones, y al parecer, aún no han instalado un solo metro de infraestructura básica”*

6.5 Solicita que el *ad quem* determine si la prestación del servicio público atenta contra la salubridad de la comunidad Sanandresana y si la disposición final de los residuos líquidos está ocasionando daños sanitarios y que se ordene investigar y sancionar a la Superintendente.

6.6 Alega que en el contrato se determinó que la administración contratante garantizaría al operador privado durante el plazo de ejecución la expedición de por lo menos 10 tarjetas de residencia para trabajadores designados por el operador, lo cual ignora lo dispuesto por el decreto 2762 de 1991

7. Alegatos en segunda instancia

Durante el término concedido para presentar los alegatos sólo intervino la Superintendencia de Servicio Públicos Domiciliarios quien solicitó proferir fallo denegatorio de las súplicas de la demanda al estimar que ella actuó dentro del marco jurídico aplicable y no discriminó a ningún sector de la población.

Que de acuerdo con las pruebas se concluye que no es cierto lo que afirma el apelante en cuanto que no hay redes de acueducto y alcantarillado en varias zonas y que no se le preste el servicio a un sector y que al ventilar el tema de la pavimentación de unas calles desvía el apelante el curso del proceso, toda vez que ese asunto no tiene unidad de materia con las pretensiones.

Que de acuerdo con el artículo 99.9 de la ley 142 *“es legal incluir en esta clase de contratos el cobro de tarifas”* y que la Superintendencia no olvidó lo dispuesto por el artículo 160 ibid., en tanto a través de la cláusula 12.3 del contrato se establece un aumento de la cobertura del servicio para cada año de operación exigiéndole la vinculación de nuevos suscriptores, metas que el operador está obligado a cumplir

Que la Superintendente *“no ha incurrido en ninguna causal para ser investigada penal, civil o disciplinariamente y menos aún para ser sancionada”*.

8. Pruebas en segunda instancia

Mediante auto de 17 de mayo de 2007, la Sala -en atención a que existían puntos dudosos- ordenó incorporar copia auténtica de los documentos que soportaron la invitación pública que se demandó en sede popular.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para responder el problema jurídico que se plantea, la Sala se ocupará del análisis de los siguientes temas: i) La garantía del debido proceso en la acción popular; ii) El nuevo servicio público en el derecho colombiano y el rol de intervención del Estado en el mercado; iii) Las atribuciones de control y vigilancia del mercado de

los servicios públicos domiciliarios como instrumento de intervención estatal; iv) El inciso 3º del artículo 6.4 de la ley 142 como instrumento de intervención de prestadores directos de los servicios públicos, v) Lo demostrado; vi) De la definición de la existencia o no de vulneración de los derechos colectivos invocados.

1. La garantía del debido proceso en la acción popular

La demanda se limita a cuestionar los cambios introducidos al documento de condiciones, dentro del proceso de invitación pública para seleccionar un operador especializado para la prestación de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado en la isla de San Andrés, en cuanto a los indicadores de continuidad en la prestación del servicio. Dicho escrito invocó como vulnerados los siguientes derechos colectivos: moralidad administrativa, acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad, acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna, los derechos de los consumidores y el patrimonio público.

Sin embargo en las alegaciones de primera instancia, el actor popular añadió que el operador privado seleccionado es responsable por la *“falla en la prestación del servicio”* debido a que el suministro del servicio de agua no es de buena calidad, ni apta para el consumo humano, lo cual atenta contra el derecho colectivo a la salubridad pública.

A su vez, en el recurso de apelación el demandante agregó seis (6) nuevas imputaciones:

i) a su juicio el contrato de operación es *“un regalo para esos extranjeros españoles”* a costa de la canasta familiar de los usuarios;

ii) cuestionó que se hayan comprometido vigencias futuras con la celebración de la operación; también reprocha que se cobre al usuario un servicio que no se presta y en respaldo acompaña algunas quejas y reclamos de varios usuarios;

iii) denunció el mal estado de la infraestructura del Departamento Archipiélago y cómo -después de un año- el operador privado no ha cumplido con los

compromisos contractuales relativos al mejoramiento de la infraestructura para la prestación del servicio de acueducto y saneamiento básico;

iv) reclamó -como lo hizo en las alegaciones- que se determine si la prestación del servicio atenta o no contra la salubridad pública y si la disposición final de los residuos líquidos está ocasionando daños sanitarios;

v) solicitó que se ordene investigar y sancionar a la Superintendente; y

vi) expuso que los términos del contrato infringen las normas sobre residencia en la isla de San Andrés previstas por el decreto 2762 de 1991.

Tal y como lo destacó recientemente la Sala todo juzgador, incluido el popular, debe respetar el principio de consonancia o congruencia que debe informar al fallo, en tanto la imparcialidad del juzgamiento exige identidad entre lo decidido y el *petitum* (las pretensiones) y la *causa petendi* (los hechos que le sirven de fundamento), aunque en sede popular no reviste el carácter absoluto que por regla general tiene, en razón de la naturaleza de la acción y al particular carácter de los derechos objeto de amparo.

Dos restricciones tiene, pues, en esta materia el juez popular al decidir:

1.1 No le está permitido abordar el estudio de intereses colectivos no invocados en el escrito de demanda popular, bien sea de manera expresa o que se pueda inferir del contenido de los hechos.

1.2 Aunque la sentencia puede referirse al curso que vayan tomando los hechos y no sólo los invocados en la demanda, como en este caso que aunque aludía en un comienzo exclusivamente al proceso de selección del operador, es posible que aborde su resultado: el contrato mismo suscrito; no le es dado cambiar sustancialmente, como se intenta en el *sub lite*, en las alegaciones y en la apelación, la conducta trasgresora invocada en la demanda y traer ahora asuntos nuevos, sobre los cuales los accionados no tuvieron oportunidad de pronunciarse dentro del proceso.

Una y otra limitantes a los amplios poderes del juez popular, se erigen en una garantía del derecho fundamental al debido proceso (art. 29 Constitucional). Con

esta perspectiva, los ordinales a) b) y c) del artículo 18 de la ley 472 señalan que para promover una acción popular debe indicarse el derecho o interés colectivo amenazado o vulnerado, los hechos que motivan la petición y la enunciación de las pretensiones, respectivamente. En la misma línea garantista, el inciso segundo del artículo 5º de la ley 472 dispone que el juez popular velará por el respecto al debido proceso, las garantías procesales y el equilibrio entre las partes, preceptiva que reproduce, en sede popular, el mandato general contenido en el artículo 9º de la ley Estatutaria de Administración de Justicia.

Por consiguiente, la Sala se abstendrá de entrar a estudiar las nuevas imputaciones introducidas por el actor tanto en el escrito de alegaciones de primera instancia, como en su recurso de apelación, toda vez que con ello se violaría el derecho de contradicción del accionado. Se reitera, entonces, el criterio jurisprudencial esbozado conforme al cual:

“...el juzgador debe observar el principio de congruencia (artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, modificado Decreto 2282 de 1989, art. 1 num. 135¹)- el cual reviste, por regla general, un carácter absoluto en tanto derivación del principio de imparcialidad rigurosa del funcionario judicial (Aragoneses). Esa consonancia del fallo impone la identidad jurídica entre lo resuelto y las pretensiones, imperativo legal, que -como precisa el profesor Devis Echandía²- está relacionado a la vez con el derecho fundamental al debido proceso (art. 29 CP) y con el valor de la cosa juzgada.

“Sin embargo, tratándose del juicio popular este *principio de congruencia* reviste algunos matices que lo tornan menos absoluto, debido a la naturaleza de la acción y a las particularidades del derecho objeto de protección. Así, v.gr., para la protección efectiva de los intereses colectivos invocados la orden del juez consignada en la sentencia (art. 34 ley 472) no está circunscrita a la conducta pedida en el escrito de demanda; también puede el juez oficiosamente vincular al proceso a otros posibles responsables (art. 18 *eiusdem*); del mismo modo la decisión final debe referirse al curso que vayan tomando los hechos y no se contrae exclusivamente a los indicados en el escrito de demanda, siempre y cuando la conducta que se sigue desplegando sea aquella acusada como trasgresora por el actor popular desde la demanda, tal y como lo ha señalado la Sala en criterio que hoy se reitera:

¹ “La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este Código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley”

² DEVIS ECHANDÍA, Hernando, Compendio de Derecho Procesal, Teoría General del Proceso, Tomo I, Decimotercera edición, Biblioteca Jurídica Diké, Medellín, 1994, Pág. 57.

‘para proteger el derecho o interés colectivo el juez, en los términos del artículo 34 de la ley 472 de 1998, expedirá orden de hacer o no hacer, destinada a ser cumplida por la autoridad pública que incurre en la trasgresión, orden que no está circunscrita a la conducta pedida en la demanda, porque el juez actúa con total amplitud y discrecionalidad al momento de disponer lo que corresponda para lograr el amparo del derecho o interés colectivo vulnerado o amenazado, ello en consideración a que la congruencia se predica frente a la petición de protección del derecho o interés colectivo que se afirma vulnerado, y no frente a las conductas que en criterio del actor son suficientes e idóneas para lograr el amparo solicitado.

‘Cabe recordar por otra parte que dado el fin supremo que persigue la acción popular - protección de derechos e intereses colectivos -, se ha dotado de amplios poderes al juez popular, tales como que oficiosamente está en el deber de vincular al proceso a cualquiera otra persona que en el curso del mismo surja como posible responsable de la infracción al derecho o interés colectivo, ello siempre que no se haya dictado sentencia de primera instancia, para que tenga oportunidad de asumir su defensa de manera adecuada (artículo 18 ley 472 de 1998).

‘Esa vinculación también supera los límites tradicionales del principio de congruencia concebido para las acciones subjetivas y con efecto *inter partes*, como quiera que en virtud de tal vinculación, la sentencia de condena bien puede cobijar también a ese tercero contra quien no se dirigió la demanda.

‘Ahora bien, cuando durante el transcurso del proceso el trasgresor continúa con la realización de las conductas que desde un comienzo el actor indicó como vulnerantes del derecho colectivo cuya protección ha demandado, la sentencia debe pronunciarse no sólo en relación con los hechos de la demanda y los argumentos de la defensa, sino que además deberá referirse al curso que vayan tomando los hechos, a efectos de que la decisión tenga la virtualidad de abarcar con efectividad la protección de los derechos colectivos que encuentre vulnerados, con la condición de que la conducta que se continúa sea aquella acusada como transgresora desde la demanda, en aras de garantizar el debido proceso en una de sus manifestaciones más importantes, el derecho de defensa. Es decir, no puede el juez juzgar hechos cuya existencia no le ha sido puesta de presente en las oportunidades de que disponen las partes dentro del proceso.’³

“Con todo, y aunque el principio de congruencia en sede popular no tiene la rigidez propia de los procesos ordinarios, también impone algunas restricciones al fallador, entre ellas que el ámbito de competencia del fallador está circunscrito a los derechos colectivos que la demanda acusa como vulnerados (ordinal a) del artículo 18 de la ley 472), en aras de garantizar el derecho de defensa del

³ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Sentencia de 16 de marzo de 2006, Radicación número: AP-130012331000200300239-01, Actora: Luz Yolanda Morales Peña, Demandado: Lotería de Bolívar, C. P. Ruth Stella Correa Palacio.

demandado. No se olvide que de conformidad con el inciso segundo del artículo 5º de la ley 472 el juez popular debe velar por el respeto al debido proceso, las garantías procesales y el equilibrio entre las partes, precepto que está en perfecta consonancia con el artículo 9 de la LEAJ, conforme al cual es deber de los funcionarios judiciales respetar, garantizar y velar por la salvaguarda de los derechos de quienes intervienen en el proceso. En consecuencia, no se hará pronunciamiento alguno sobre el derecho invocado en el recurso de apelación.”⁴

2. El nuevo servicio público en el derecho colombiano y el rol de intervención del Estado en el mercado

La Carta de 1991, al regular los servicios públicos domiciliarios como un apartado especial de la Constitución Económica, introdujo un cambio sustancial: el nuevo ordenamiento constitucional dejó atrás la noción de servicio público que lo asimilaba a una proyección de la ‘función pública’ y optó por un ‘nuevo servicio público’ basado en el modelo competitivo: a la vez libre e intervenido por el Estado en su condición de director general de la economía⁵.

De ahí que los servicios públicos domiciliarios dejaron de ser concebidos como función pública, a la manera de la escuela realista de Burdeos, para ser tratados como un capítulo singular de la Constitución Económica dentro de un modelo *“neocapitalista, propio de una economía social de mercado, que pretende conciliar las bondades de la competencia con la necesaria intervención estatal, en orden a proteger al usuario final”*⁶.

En efecto, la prestación de los servicios públicos no reviste el carácter de *función pública*. Y no la reviste, porque la Constitución misma dispone que una y otra materias son objeto de regulación legal separada. Así, el numeral 23 del artículo 150 distingue con claridad las leyes que *“regirán el ejercicio de las funciones públicas”* de aquellas que se ocupan de la *“prestación de los servicios públicos”*.

⁴ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Sentencia de 16 de abril de 2007, Radicación número: AP 4400123310002004000640 01, Actor: Alex Adolfo Pimienta Solano, Demandado: Municipio de Albania y otros, C. P. Ruth Stella Correa Palacio.

⁵ Cfr. *“Del carácter singular del derecho de la competencia en los servicios públicos domiciliarios”*, en Contexto, Revista de Derecho y Economía, No. 13, abril de 2002, Universidad Externado de Colombia, p. 22 y ss y CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 037 de 2003.

⁶ *“Legislador y juez: ¿Garantías o amenazas al modelo de prestación de los servicios públicos domiciliarios?”* en Revista Contexto, Revista de Derecho y Economía, Universidad Externado de Colombia, agosto de 2004, Edición especial No. 18.

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

De otro lado, no debe olvidarse que los servicios públicos son regulados en el marco del Régimen Económico (Título XII) y no dentro del apartado de la Constitución dedicado a la Organización del Estado (Título V a X), como sí sucede con la función pública cuyo entorno constitucional se encuentra consignado en el capítulo 2 del Título V (arts. 122 a 131 C.N.).

Esta superación de la vieja concepción orientada por el profesor Duguit conforme a la cual los servicios públicos eran una manifestación de la función pública, ha sido puesta de relieve en forma, por demás, reiterada por la Sala en múltiples pronunciamientos. Así, por ejemplo, recientemente se dejó sentado que:

“El constitucionalismo colombiano sufrió una singular transformación con la adopción de un nuevo modelo económico que se caracteriza porque si bien la libertad económica -en su doble acepción: la libertad empresa y la libertad de competencia económica⁷- es garantizada como derecho colectivo (arts. 88 y 333 C.P.), la dirección general de la economía corre a cargo del Estado quien interviene por mandato de la ley (arts. 334 y 150.21 C.P.), en el marco de lo que se

⁷ Cfr. ANGARITA BARÓN, Ciro, La libertad económica en la jurisprudencia de la Corte Constitucional: Aproximación fugaz, en Constitución Económica Colombiana, Bibliotheca Millennio, Colección Derecho Económico y de los Negocios, El Navegante Editores, Primera edición, Bogotá, 1996.

ha denominado la '*Constitución Económica*'. Intervención del Estado en la economía que tiene no sólo por propósito la defensa de los diversos agentes que en ella participan, sino que se hace principalmente en beneficio del usuario final, tal y como tuvo oportunidad de señalarlo recientemente esta Sala:

'(...) No obstante tratarlos como un asunto económico, el Constituyente al definirlos como inherentes a la finalidad social del Estado (art. 365 C.P.) se reservó para los servicios públicos un capítulo separado formulando desde el mismo nivel constitucional un régimen jurídico y una autoridad singulares,⁸ sobre la base de la superación de la vieja concepción que los asimilaba a una manifestación más de la función pública para dar paso a una concepción económica asociada a un nuevo modelo de Estado, habida consideración de su inescindible relación con sus cometidos sociales (art. 1 C.P.)⁹. (se subraya)

Criterio que ratificó lo expuesto por esta Corporación en oportunidad precedente:

"(...)El modelo constitucional económico de la Carta Política de 1991 está fundado en la superación de la noción 'francesa' de servicio público, conforme a la cual éste era asimilable a una función pública, para avanzar hacia una concepción económica según la cual su prestación está sometida a las leyes de un mercado fuertemente intervenido; así se deduce del artículo 365 constitucional cuando dispone que es deber del Estado asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos y que estos pueden ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por particulares. Nótese que la norma es clara en señalar que el Estado debe asegurar la prestación (no prestar forzosamente) al tiempo que permite la concurrencia de Agentes (públicos, privados o mixtos) en su prestación.

"(...)De manera que los derechos colectivos que se involucran en la prestación de los servicios públicos no aluden a la función pública propia del Estado, sino a una actividad económica que por implicar el tráfico de servicios inherentes a la finalidad social del Estado, que la doctrina colombiana¹⁰, con base en expresión foránea, llama '**bienes meritorios**', exige la intervención del mismo a través de los instrumentos tradicionales de policía administrativa: regulación y control (inc. 2 art. 365 C. N). En otras palabras, el bien jurídico colectivo por proteger no refiere a la función administrativa, sino a los derechos propios de los consumidores y usuarios particularmente en

⁸ Vid. Del carácter singular del derecho de la competencia en los servicios públicos domiciliarios, en Contexto, Revista de Derecho y Economía, No. 13, abril de 2002, Universidad Externado de Colombia, p. 22 y ss.

⁹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 26 de enero de 2006, Radicación número: AP-54001-23-31-000-2002-01944-01, Actor: Corporación Colombia Transparente O.N.G., Demandado: Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y otros, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

¹⁰ Hugo Palacios Mejía. EL DERECHO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS. Editorial Derecho vigente. Bogotá, Primera edición 1999, Pág.4 y ss.

lo relativo a la calidad del servicio y a su precio”.¹¹ (subrayas ajenas al texto, negrillas originales)

En términos similares la Sala también indicó en otra ocasión:

‘Las reformas legales del año 1994, en desarrollo del modelo económico constitucional previsto en el capítulo V del Título XII de la Carta de 1991¹², comportaron la sustitución del viejo esquema de prestación de los servicios públicos domiciliarios en Colombia -que, siguiendo muy de cerca las enseñanzas de la escuela realista de Burdeos liderada por el profesor DUGUIT, asimilaba la noción de servicio público a la de función pública¹³ y que había entrado en crisis- por un modelo de mercado en competencia que concentró en el Estado, en su condición de director general de la Economía, las atribuciones de regulación¹⁴ y control. Se trata, pues, de un ‘cambio de modelo de Estado’¹⁵

‘(...)En definitiva, la prestación de los servicios públicos domiciliarios ya no es expresión del poder de imperio del Estado, sino un asunto económico sometido al control y vigilancia de la única Superintendencia de rango constitucional y a la atribución presidencial regulatoria, como instrumentos de intervención estatal (arts. 333,334, 365 y 370 C.P. y numerales 3.4 y 3.3 del artículo 3 de la ley 142).

‘Por lo demás, en desarrollo de la distinción constitucional entre **función pública y servicio público**, prevista en el ordinal 23 del artículo 150 C.P., el artículo 3 de la ley 489 de 1998 dispuso que los principios de la función administrativa sólo aplicarían a los servicios públicos en tanto *‘fueren compatibles con su naturaleza y régimen*’.

¹¹ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 13 de mayo de 2004, Radicación número: 5001-23-31-000-2003-00020-01, Actor: Jesús María Quevedo Díaz, Referencia: AP – 0020, C.P. María Elena Giraldo Gómez. En el mismo sentido CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 10 de febrero de 2005, Radicación número: 25000-23-25-000-2003-00254-01, Actor: Exenober Hernández Romero, Referencia: AP – 00254 Acción Popular, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

¹² Cfr. CHAHÍN LIZCANO, Guillermo. Elementos básicos del régimen constitucional y legal de los servicios públicos, Bogotá, EEB, 1998, Pág. 33: “...se trata de un régimen de libertad empresa (sic) pero dentro de los límites del bien común, sujeta esta actividad a la dirección general y a la intervención del Estado con miras al logro de los fines del Estado social de Derecho”.

¹³ Según el profesor Julio Prat: “El servicio público...como pieza maestra del derecho administrativo francés servirá como criterio para que todos los actos ya tomados en sí mismo o en sus consecuencias, de un servicio público, se regulen por el derecho público, al igual que todo acto concurrente a permitir, de una u otra manera, la ejecución de un servicio público caiga en el dominio del derecho administrativo” (PRAT, Julio A. Los servicios públicos en V.V.A.A. El derecho administrativo en Latinoamérica, Tomo II, Ediciones Rosaristas, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá, 1986, Pág. 236 y ss.).

¹⁴ La Corte Constitucional en Sentencia C 1162 de 2000, providencia con alcance de cosa juzgada absoluta, dejó en claro que la regulación se expide con sujeción a la ley, tal y como lo ordena el artículo 370 Constitucional y, por lo tanto, los actos de las Comisiones de Regulación no son expresión de “legislación secundaria” y por lo mismo no pueden “llenar los vacíos de la ley” ni “completar su contenido”.

¹⁵ Vid. Del carácter singular del Derecho de la competencia en servicios públicos domiciliarios en SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS, Actualidad Jurídica Tomo IV, Imprenta Nacional de Colombia, Bogotá, 2001, Pág. 125. La CORTE CONSTITUCIONAL en Sentencia C 037 de 2003 adoptó este criterio.

De modo que, la propia ley trazó una frontera clara entre esos dos conceptos antes considerados sinónimos.¹⁶ (negritas y cursivas originales, subrayas fuera de texto)¹⁷

En ese orden de ideas, la jurisprudencia de la Sala tiene determinado que el servicio público dejó de ser sinónimo de función pública, en tanto *“la Constitución de 1991 significó un gran cambio en cuanto se refiere a la concepción de los servicios públicos, pues reconoce que el Estado y los particulares pueden concurrir, en condiciones de libre competencia, a su prestación, sin que ello signifique que renuncie a su condición de director general de la economía y garante del cumplimiento de la función social de la propiedad”*.¹⁸

Ahora, si bien los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 365 Superior, el mismo precepto indica que la función estatal estriba en *“asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional”* (servicio universal) y asegurar no significa prestar.

Es por ello que luego de señalar que los servicios públicos pueden ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por particulares, el artículo 365 Constitucional establece que en todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios, o lo que es igual, según la Constitución estas últimas son las funciones propias de los órganos del Estado, en tanto facetas de la función de policía administrativa, que el Estado *“mantiene”* o se *“reserva”*, como ámbito de lo no *“privatizable”*.

Sobre la naturaleza jurídica administrativa, y por lo mismo subordinada a la ley, de la función regulatoria como instrumento de intervención del Estado en el mercado de los servicios públicos domiciliarios, dijo recientemente la Sala en sede de contencioso objetivo:

¹⁶ Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencias C 066 de 1997, C 209 de 1997 y C 037 de 2003. En el mismo sentido CONSEJO DE ESTADO, Sala Plena, Auto S 701 de 23 de septiembre de 1997.

¹⁷ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 24 de febrero de 2.005, Actor: Alberto Poveda Perdomo, Demandada: Empresas Públicas de Neiva y Otros, Radicación: 41001-23-31-000-2003-(Ap-01470)-01, C. P. Ramiro Saavedra Becerra.

¹⁸ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA, Auto de 17 de febrero de 2005, Expediente número: 27673, Radicación número: 500012331000200300277 01, Actor: Rodrigo Villamil Virgüez, Demandado: Nación - Ministerio de Comunicaciones y Otros, C. P. Alier E. Hernández Enríquez.

“Como ya se indicó el propio texto constitucional al permitir la participación de agentes económicos particulares, y bajo el entendido de que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado (inciso primero del art. 365 citado), dejó en claro que “[e]n todo caso, el Estado mantendrá la regulación (...) de dichos servicios”.

“En armonía con este precepto, el artículo 370 C.N. atribuyó al Presidente de la República la competencia de señalar, con sujeción a la ley, las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios.

“En desarrollo de estos mandatos el artículo 68 de la ley 142 de 1994, luego de reproducir el contenido normativo del artículo 370 Constitucional, previó que dicha atribución regulatoria podría ser ejercida por las Comisiones de Regulación, si el Presidente de la República decide delegarlas, en los términos de esa ley, lo cual tuvo lugar efectivamente mediante el Decreto 1524 de 1994.¹⁹

“En un comienzo se presentó un debate en el seno de nuestra jurisprudencia en punto de si era o no posible -constitucionalmente hablando- que el Presidente delegara la atribución regulatoria prevista en los artículos 365 y 370 de la Carta. Esta Corporación en un comienzo señaló que dicha delegación no era factible:

“(…) Sin embargo, la Corte Constitucional zanjó la discusión constitucional al estimar, con apoyo en lo dispuesto en el artículo 211 Superior, que el legislador está habilitado para señalar las funciones que el Presidente de la República puede delegar en diversas agencias del Estado. Conviene destacar que en esa oportunidad el juez constitucional se contrajo a estudiar si era factible delegar las atribuciones presidenciales en materia de regulación de servicios públicos domiciliarios.

“(…)Durante una época al interior de la doctrina nacional se presentó un interesante debate justamente en torno de la naturaleza de estas agencias estatales así como de sus actos regulatorios, el cual siguió de cerca las experiencias foráneas respecto de las denominadas “autoridades administrativas independientes” que existen en otras latitudes. Así, hubo algunas voces muy autorizadas que sostuvieron que la regulación podía “*completar la ley*”, otras indicaron que los actos regulatorios “*formaban proposición jurídica completa con la ley*” y hubo quienes incluso sostuvieron que la regulación podía suplir los vacíos que la ley llegase a presentar.

“Sin embargo, revisado el marco constitucional y legal de los servicios públicos domiciliarios, se tiene que la función regulatoria a cargo de las Comisiones de Regulación sectoriales debe ejercerse con sujeción a la ley.

¹⁹ DIARIO OFICIAL No. 41453 de 21 de julio de 1994.

“Así el artículo 370 Superior es claro en señalar que la función regulatoria asignada al Presidente de la República, se ejerce “con sujeción a la ley””.

“En armonía con este precepto, el artículo 3º de la ley 142 enlista dentro de los instrumentos de intervención estatal a la regulación (numeral 3.3), pero advierte que ‘[t]odas las decisiones de las autoridades en materia de servicios públicos deben fundarse en los motivos que determina esta ley’.

“En consonancia con estos mandatos el numeral 14.18 del artículo 14 de la ley 142 al definir la regulación dispone que dicha facultad se ejerce ‘en los términos de la Constitución y de esta ley’.

“A su vez, el artículo 68 de la ley 142, al reiterar lo dispuesto por el artículo 370 Constitucional, señala que la función regulatoria se ejerce ‘en los términos de esta ley’.

“Por su parte, el artículo 70 *ibid.* define la estructura orgánica de las Comisiones de Regulación y al hacerlo dispone que las mismas están instituidas ‘para el cumplimiento de las funciones que les asigna esta ley’.

“Al tiempo que, el artículo 73 *in fine* señala que las Comisiones tendrán las demás funciones que le asigne la ley, al paso que el inciso primero del artículo 74 de la ley en cita relativo a las funciones especiales de las Comisiones de regulación prescribe que las mismas serán ejercidas ‘con sujeción a lo dispuesto en esta ley’.

“A su turno, el artículo 23 de la ley 143 *in fine*, luego de reseñar las funciones generales de la CREG advierte que tendrá igualmente ‘las demás que le señalen las normas legales pertinentes’.

“De acuerdo con el marco constitucional y legal antes referido las Comisiones de Regulación ejercen sus atribuciones con sujeción a la ley, y sus preceptos no pueden contravenir sus mandatos, en tanto no tiene rango legislativo.

“En efecto, desde sus primeros pronunciamientos la Corte Constitucional dejó en claro que la función reguladora no ostentaba el rango de ley, como que ‘no existe traslado de competencias del legislador al Presidente²⁰, sino que se trata de una atribución administrativa asignada por la Constitución al Presidente, que debe ejercerse con sujeción a la ley, y por lo mismo son pasibles del control en sede judicial.

“Por lo mismo, al estar supeditada a la legislación, la regulación no puede ser instrumento para ‘completar la ley’, ni para suplir los vacíos que ésta pueda presentar en caso de que legislador no se haya ocupado de un asunto, ni mucho menos para expedir actos que contravengan abiertamente sus mandatos.

²⁰ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 066 de 1997

“En otros términos, la regulación no forma proposición jurídica completa con la ley, ni es legislación secundaria, pues todo ello atenta contra la competencia legislativa asignada por antonomasia al Congreso de la República, como expresión del principio democrático que fundamenta nuestro Estado de Derecho.

“Así lo señaló la Corte Constitucional al condicionar la decisión de exequibilidad del artículo 69 de la ley 142 y del numeral 14.18 del artículo 14 *eiusdem* cuando, con efectos de cosa juzgada constitucional absoluta (...)

“Interpretación condicionada ligada de manera nítida al fallo, que descarta expresamente las otras interpretaciones posibles que pudieran hacerse a la regulación (art. 243 C.N., arts. 45 y 46 LEAJ y art.21 del Decreto 2067 de 1991). De modo que conforme a este fallo la regulación de las Comisiones (entre ellas las de la CREG) no tiene el mismo nivel de la legislación, y por lo mismo no pueden completarla o modificarla, y menos aún desconocerla.”²¹ (subrayas originales).

En punto de los instrumentos de intervención estatal en el mercado de los servicios públicos domiciliarios, la misma providencia puso de relieve su íntima relación con los cometidos constitucionales de calidad, universalidad y eficiencia:

“De hecho la forma como se asegura la prestación es a través de los instrumentos de intervención estatal en los servicios públicos, que no son otros, según lo pregona el artículo 3º de la ley 142, que todas las funciones y atribuciones asignadas a las autoridades de que trata esta ley, en especial las relativas a las siguientes materias: i) la regulación²²; ii) la inspección, vigilancia y control²³; iii) el otorgamiento de subsidios a las personas de menores

²¹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 2 de mayo de 2007, Radicado: 1100-10-326-000-1998-05354-01 (16.257), Actor: Empresa de Energía de Bogotá S.A. E.S.P., Demandado: Nación-Ministerio de Minas y Energía-CREG, Referencia: Acción de nulidad, C. P. Ruth Stella Correa Palacio.

²² Sobre el alcance las funciones regulatorias como instrumento de intervención estatal ver NARANJO MESA, Vladimiro, Análisis constitucional de la Sentencia C 1162 de 2000, en “Servicios Públicos Domiciliarios-Actualidad Jurídica Tomo IV”, publicación de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, Imprenta Nacional, Bogotá, 2001, pág. 59-67.

²³ Sobre esta faceta de la policía administrativa en servicios públicos Cfr. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, Concepto de 16 de junio de 1999, Rad. 931, C.P. Luis Camilo Osorio; SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 24 de febrero de 2.005, Actor: Alberto Poveda Perdomo, Demandada: Empresas Públicas de Neiva y otros, Radicación: 41001-23-31-000-2003-(Ap-01470)-01, C. P. Ramiro Saavedra Becerra; Sentencia de 26 de enero de 2006, Rad.: AP-54001-23-31-000-2002-01944-01, Actor: Corporación Colombia Transparente O.N.G., Demandado: Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y otros, C.P. Ruth Stella Correa Palacio; Sentencia de 25 de octubre de 2006, Radicación número: AP-25000-23-24-000-2004-01843-02, Actor: José Omar Cortés Quijano, Demandado: Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y otro, C.P. Ruth Stella Correa Palacio y La reestructuración de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios: hacia un nuevo control de gestión empresarial en Régimen Jurídico Empresas de servicios públicos domiciliarios mixtas, Universidad Externado de Colombia, octubre de 2004, p. 173 y ss.

ingresos²⁴; iv) la promoción y apoyo a las personas que presten los servicios públicos²⁵; v) la organización de sistemas de información; vi) la protección de los recursos naturales²⁶; vii) el estímulo a la inversión de los particulares en los servicios públicos; viii) el respeto al principio de neutralidad, a fin de asegurar que no exista ninguna práctica discriminatoria en la prestación de los servicios y ix) gestión y obtención de recursos para la prestación de servicios; (art. 3º ley 142 de 1994)."²⁷

Dentro de estos instrumentos de intervención del Estado en el mercado de los servicios públicos domiciliarios, papel destacado corresponde al control y vigilancia de las normas, planes y programas (numeral 3.4 del artículo 3º de la ley 142).

3. Las atribuciones de control y vigilancia del mercado de los servicios públicos domiciliarios, como instrumento de intervención estatal

Tal y como ya lo ha advertido la Sala, las funciones de policía administrativa, que por mandato constitucional (art. 370) atañen al Presidente de la República quien las ejerce de manera privativa a través de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, constituyen instrumento incontestable de la intervención estatal que exige el nuevo esquema de prestación, en tanto buscan preservar el

²⁴ Sobre los subsidios como instrumento de intervención estatal vid. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Sentencia de 2 de marzo de 2006, Radicación número: AP-66001-23-31-000-2004-00543-01, Actor: José Omar Cortes Quijano, Demandado: Municipio De Pereira., C. P. Ruth Stella Correa Palacio; Concepto SSPD 20011300000310 en SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS, Servicios Públicos Domiciliarios, Actualidad Jurídica, tomo IV, Bogotá, 2001, p. 229 y ss; Los deberes de la solidaridad en el modelo tarifario de los servicios públicos domiciliarios, en Contexto, Revista de Derecho y Economía, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, septiembre de 2004, Ed. Especial No. 19, p. 41 y ss.

²⁵ Sobre la naturaleza jurídica de los prestadores de servicios públicos domiciliarios ver CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 25 de octubre de 2006, Rad. AP-25000-23-24-000-2004-01843-02, Actor: José Omar Cortés Quijano, Demandado: Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y otro, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

²⁶ Como por ejemplo a través de las tasas ambientales, al respecto ver CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Sentencia de 16 de abril de 2007, Rad. AP 4400123310002004000640 01, Actor: Alex Adolfo Pimienta Solano, Demandado: Municipio de Albania y otros, C. P. Ruth Stella Correa Palacio.

²⁷ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 2 de mayo de 2007, Radicado: 1100-10-326-000-1998-05354-01 (16.257), Actor: Empresa de Energía de Bogotá S.A. E.S.P., Demandado: Nación-Ministerio de Minas y Energía-CREG, Referencia: Acción de nulidad, C. P. Ruth Stella Correa Palacio. En el mismo sentido CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO, ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Auto de 18 de julio de 2007, Radicación número: 25000-23-26-000-1999-00155-01 (29.745), Actor: Inversiones Iberoamericanas Colombia Ltda Iberocol Ltda, Demandado: Codensa S.A. E.S.P.–Empresa de Energía de Bogotá S.A. E.S.P., C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

*interés colectivo*²⁸, como expresión de su potestad administrativa sancionatoria y correctiva que busca reprimir acciones u omisiones antijurídicas de los vigilados²⁹. *Derecho correccional* que por su fuente y naturaleza es especial para el sector de los servicios públicos domiciliarios:

“Como ya se advirtió, la implantación de este ‘*nuevo servicio público*’ exige una intervención fuerte de las autoridades del sector en orden a proteger al usuario final, dentro de las cuales, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios³⁰ es expresión esencial del papel directivo del Estado en la economía, como que éste se reserva, en una economía concurrencial, las funciones de policía administrativa en razón de las externalidades propias del mercado. La Superintendencia encarna, pues, el rol insustituible del Estado: ese reducto de lo público que no puede ser decidido por la racionalidad privada.”³¹

Estas atribuciones presidenciales de inspección, vigilancia y control fueron asignadas a esta autoridad de origen constitucional (art. 79 de la ley 141, modificado por el artículo 13 de la ley 689, en armonía con el art. 5 del Decreto 990 de 2002, por el cual se modifica la estructura de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios³²), como manifestación del *poder de intervención*³³ del Estado para la *racionalización de la economía*, y han de ejercerse atendiendo como principios rectores fundamentales: i) la garantía a los usuarios del acceso a los servicios y su participación en la gestión y fiscalización de su prestación; ii) libertad de competencia y no utilización abusiva de la posición dominante; iii) prestación continua e ininterrumpida salvo por razones de fuerza mayor o caso fortuito o de orden técnico o económico; iv) control y vigilancia de la observancia de normas, planes y programas sobre la materia; v) organización de

²⁸ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA, Sentencia de 8 de mayo de 1997, C.P. Polo Figueroa.

²⁹ Sobre las Superintendencias como instrumentos de policía administrativa y de competencia intervencionista estatal ver CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencias C 597 de 1996, C 214 de 1994 y C 263 de 1996.

³⁰ La Corte en Sentencia C 599 de 1996 definió que la ley no puede asignar las funciones de policía administrativa atribuidas constitucionalmente a la Superintendencia a otra entidad, pues con ello se infringiría abiertamente el artículo 370 Superior. En el mismo sentido se pronunció la misma Corporación en Sentencia C 1190 de 2000.

³¹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 24 de febrero de dos mil cinco 2.005, Actor: Alberto Poveda Perdomo, Demandada: Empresas Públicas De Neiva y Otros, Radicación: 41001-23-31-000-2003-(Ap-01470)-01, C. P. Ramiro Saavedra Becerra.

³² En DIARIO OFICIAL 4489 de mayo de 2002. Un estudio de este decreto en “*La reestructuración de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios: hacia un nuevo control de gestión empresarial*” en V.V.A.A., Régimen Jurídico Empresas de servicios públicos domiciliarios mixtas, Universidad Externado de Colombia, octubre de 2004, p. 173 y ss.

³³ Sobre la Superintendencia como autoridad de policía administrativa vid. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, Concepto de 16 de junio de 1999, Rad. 931, C.P. Luis Camilo Osorio.

sistemas de información; vi) respeto al principio de neutralidad, a fin de asegurar que no exista ninguna práctica discriminatoria en la prestación de los servicios; vii) integralidad de los análisis de gestión y resultados y viii) prevalencia del interés general sobre el interés particular (art. 3º del Decreto 990 de 2002).

Dentro de ese amplio abanico de funciones de policía administrativa (más de 60 según se desprende del artículo 5º del decreto 990 de 2002), dos medidas extremas configuran un capítulo aparte, en cuanto comportan el desplazamiento del prestador por parte del Estado: la toma de posesión (artículo 59 de la ley 142 de 1994) y la contenida en el numeral 6.4 del artículo 6º de la ley 142, en el primer supuesto directamente y en el segundo mediante la selección de un tercero.

En punto de la toma de posesión como instrumento de intervención del Estado en el mercado de los servicios públicos la Sala ha indicado que sus dos modalidades (para administrar y para liquidar), dada la indefinición que caracteriza su marco legal, ofrecen serios problemas de interpretación y aplicación, en tanto como no es posible afectar la garantía de la continuidad en la prestación del servicio y aunque la Superintendencia no fue concebida para administrar empresas de servicios públicos que atraviesan por serias dificultades, ni tampoco es el garante final de la prestación de los servicios, en la práctica ha terminado por asumir la responsabilidad de fungir como operador transitorio de la empresa intervenida a través del administrador por ella designado (agente especial, funcionario comisionado), administración temporal que en no pocas ocasiones ha terminado por dilatarse en el tiempo, toda vez que las autoridades competentes no adoptan las decisiones que les atañen:

“La ley 142 no reguló de manera integral y armónica esta materia, de modo que en este cuerpo legal no se encuentra una definición legal de lo que se entiende por toma de posesión, aunque sí estatuye las causales (art. 59), efectos (art. 58) procedimiento y alcance (art. 121); en todo lo demás hizo una remisión genérica al EOSF, lo cual por supuesto ofrece problemas al momento de su interpretación y aplicación, comoquiera que sus preceptos no resultan siempre adaptables debido a que fueron concebidos para el sector financiero y no para al sector de los servicios públicos domiciliarios, evento éste último en el que el servicio en ningún momento puede dejarse de prestar debido a las graves implicaciones sociales, sanitarias, económicas y de orden público que ello acarrearía y en el que los activos -en principio- no tienen otro uso diferente al de prestar el servicio.

Ahora bien, la medida de toma de posesión reviste claramente dos modalidades: i) para administrar ii) para liquidar, tal y como se desprende del inciso 4º del artículo 121 de la ley 142 y en el numeral 60.2 del artículo 60 y del inciso 1º del citado artículo 121 de la ley 142³⁴, respectivamente, en armonía con lo dispuesto por el Decreto Reglamentario 556 de 2000³⁵ que prevé inequívocamente estas dos modalidades de toma de posesión:

‘Artículo 1º. A la toma de posesión para la administración de las empresas de servicios públicos domiciliarios se aplicarán, en cuanto sean pertinentes, las normas contenidas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y en las que lo desarrollen, relativas a la toma de posesión de instituciones financieras.

‘Artículo 2º. De conformidad con el artículo 24 numeral 5 de la Ley 510 de 1999, en los procesos de toma de posesión de las empresas de servicios públicos domiciliarios para su administración o liquidación, de competencia de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el Superintendente podrá designar una junta asesora del funcionario encargado de la administración o liquidación, en la cual deberán estar representados por lo menos dos (2) de los acreedores mayoritarios de la empresa.

‘A dicha junta podrán concurrir los Ministros del Despacho que correspondan a los sectores de los servicios públicos a cargo de la empresa objeto de la toma de posesión.’ (subrayas de la Sala)

“En punto de la toma de posesión para administrar el inciso 4º del artículo 121 determina que *‘Si después del plazo prudencial señalado por el Superintendente para la toma de posesión de una empresa de servicios públicos, para administrarla, que no podrá ser superior a dos (2) años, por razones imputables a sus administradores o accionistas, no se superan los problemas que dieron origen a la medida, la Superintendencia podrá ordenar que se liquide la empresa.*’ A su vez, el numeral 60.2 del artículo 60 de la ley prescribe que cuando la toma de posesión tenga como causa circunstancias imputables a los administradores o accionistas de la empresa, el Superintendente definirá un tiempo prudencial para que se superen los problemas que dieron origen a la medida y el precepto agrega que si transcurrido ese lapso no se ha solucionado la situación, el Superintendente ordenará la liquidación de la empresa. Nótese que uno y otro textos legales refieren a temas propios de la administración del prestador intervenido, de modo que aluden a la toma de posesión para administrar, pues se trataría en principio de factores administrativos que bien podrían subsanarse con una gestión adecuada en dos años.

“Al paso que, en cuanto hace a la toma de posesión para liquidar (inciso primero del artículo 121 citado), la ley no estipuló un plazo

³⁴ El artículo 46 in fine del derogado Decreto 548 de 1995 también hacía clara alusión a las dos modalidades de toma de posesión de prestadores de servicios públicos domiciliarios, al señalar que las normas del EOSF se aplicaban a las 2 tomas de posesión para la administración y la liquidación de empresas de servicios públicos domiciliarios”.

³⁵ DIARIO OFICIAL 43954 del 30 de marzo de 2000

perentorio para adoptar la medida, de modo que *la fase de administración temporal* del prestador intervenido que suele preceder a la decisión de liquidación y que busca no interrumpir la prestación del servicio, en la medida en que la liquidación no puede afectar la *garantía de la continuidad en la prestación del servicio*, podría superar ese término, toda vez que este supuesto no se subsume en la hipótesis legal reseñada.

“Si bien es cierto que la Superintendencia de Servicios Públicos domiciliarios no fue diseñada constitucional ni legalmente para administrar empresas de servicios públicos en serios problemas - como tampoco es el garante final de la prestación de los servicios públicos domiciliarios- sino que fue concebida para ejercer sobre aquellas las atribuciones de policía administrativa y para retirar del mercado de los servicios públicos aquellas que incurran en las causales de toma de posesión para liquidar, no es menos cierto que el deficiente marco normativo antes esbozado no brinda suficiente claridad sobre las responsabilidades y competencias de los diversos agentes involucrados (tanto del nivel central como territorial). Esta circunstancia, ha implicado en la práctica que la responsabilidad final que incumbe al Estado³⁶ haya terminado en cabeza de esa Superintendencia, de modo que las decisiones de administración o liquidación terminan dilatándose en el tiempo. En otras palabras, no es posible retirar a un prestador de servicios públicos -mediante su liquidación- si no hay quien lo pueda sustituir, al menos transitoriamente, hasta tanto se adopta una solución definitiva.

“De otro lado, si bien el artículo 9 de la ley 689 al adicionar un párrafo al artículo 61 de la ley 142 intentó precisar el procedimiento que debe seguirse por parte de la autoridad encargada de asegurar la prestación del servicio (nación, departamento o municipio según el caso) y las medidas que debe adoptar la Superintendencia, lo cierto es que el marco normativo vigente aplicable a esta medida acusa vacíos e inconsistencias que tornan difícil la coordinación de los diversos agentes estatales involucrados. De ahí que la celebración de los contratos por parte de la *autoridad competente* -para garantizar la prestación del servicio- en modo alguno podrían afectar la situación de los acreedores de la empresa intervenida, por manera que aquella no podría libremente, por ejemplo, disponer de la infraestructura del ente objeto de toma de posesión ni de los bienes afectos al servicio, ya que hacen parte de la denominada *‘prenda general de los acreedores’*. Nótese como ni la ley 142, ni la ley 689 ofrecen claridad en la definición de competencias y procedimientos, como tampoco eficaces mecanismos de coordinación interinstitucional, ni mucho menos brindan fórmulas económicas de solución así sea temporal -como sí existe para otros sectores de la economía como el Bancario-.

³⁶ El inciso primero del artículo 365 de la C.P. pone de presente que es deber del Estado “asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional”, en consonancia con el numeral 2.4 del artículo 2 de la ley 142 que determina dentro de los fines de la intervención del Estado en los servicios públicos la “[p]restación continua e ininterrumpida sin excepción alguna”.

“A lo anterior debe añadirse que en muchas ocasiones, sobre todo tratándose de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo, la *‘autoridad competente’* para garantizar la prestación del servicio simultáneamente reviste la condición de *‘propietario’* de la empresa intervenida -por ende desplazado o despojado de su administración- y, en veces, propietario de la infraestructura necesaria para la prestación del servicio, múltiple rol que evidentemente dificulta aún más la aplicación de este marco legal.

“Adicionalmente, la ley no brindó las herramientas necesarias para que la Superintendencia pueda adoptar los correctivos que amerita el prestador tomado en posesión, de modo que factores estructurales o exógenos no pueden solucionarse con una buena gestión, lo que implicaría que no quedaría más remedio que la liquidación, la cual sólo podría tener lugar cuando se sustituya al prestador objeto de la toma de posesión.

“En tratándose de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y saneamiento básico la *‘autoridad competente’* para asegurar su prestación es el municipio, en actuación *coordinada* con el administrador designado por la Superintendencia (fiducia, agente especial, funcionario comisionado) en orden a sustituir al prestador. Concurso de la autoridad local (concejo municipal) necesario para la enajenación de la empresa o de parte de sus activos, del alcalde para capitalizar la empresa, todo en *colaboración armónica* con las autoridades del nivel Central (Ministerios vgr.) y de otros niveles territoriales como el departamento, lo cual implica que si no trabajan armónicamente en la puesta en marcha de una solución, la *administración temporal* a cargo de la Superintendencia terminaría por extenderse en el tiempo por períodos largos, sin que fuese posible entrar a liquidar si no se ha garantizado la prestación ininterrumpida del servicio.

“No se olvide que la liquidación comporta que la empresa deje de adelantar su objeto social, y como éste es exclusivamente la prestación de uno o varios servicios públicos domiciliarios (arts. 17 y 18 de la ley 142), no es posible ordenar la liquidación sin que se haya garantizado, aunque sea en forma transitoria, la prestación continua del servicio. En una palabra, la liquidación sólo podrá tener lugar cuando otra empresa se haya encargado de la prestación del servicio respectivo.

“Liquidación que, por lo demás, no es competencia exclusiva de la Superintendencia (art. 123 de la ley 142), en tanto también puede ser decretada por las Comisiones de Regulación, comoquiera que el numeral 73.15 del artículo 73 de la ley 142 les asigna la facultad especial de *‘[o]rdenar la liquidación de empresas monopolísticas oficiales en el campo de los servicios públicos y otorgar a terceros el desarrollo de su actividad, cuando no cumplan los requisitos de eficiencia a los que se refiere esta Ley’*.

“En definitiva, serán las diversas autoridades -con arreglo al marco legal vigente- las llamadas a identificar las fórmulas de solución, sin que el juez constitucional pueda entrar -sin clara violación de sus competencias- a evaluar en cada caso las medidas que deban

adoptarse, pues ello entrañaría la sustitución de la Administración por el juez, lo cual contribuiría a enrarecer aún más el intrincado tramado jurídico que rodea estas situaciones complejas.”³⁷

4. El inciso 3º del artículo 6.4 de la ley 142 como instrumento de intervención de prestadores directos de los servicios públicos

En desarrollo de lo dispuesto por el inciso segundo del artículo 365 Constitucional, el artículo 15 de la ley 142 dispone que la prestación de los servicios puede estar a cargo de seis distintas modalidades de operadores que se agrupan bajo la expresión genérica de “*prestadores de servicios públicos*”³⁸:

- i) las empresas de servicios públicos;
- ii) los productores de servicios marginales, independientes o para uso particular (art. 16 y 14.15);
- iii) el municipio prestador directo (art. 6º y 14.14);
- iv) las comunidades organizadas;
- v) las entidades descentralizadas, al momento de expedir la ley y temporalmente, cuyos propietarios no deseen que su capital esté representado en acciones que deben adoptar la forma de empresa industrial y comercial del Estado (parágrafo 1º art. 17, arts. 180 y 182) y
- vi) las entidades autorizadas para prestar servicios públicos durante los períodos de transición previstos en la ley 142 (art. 181).

³⁷ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 26 de enero de 2006, Radicación número: AP-54001-23-31-000-2002-01944-01, Actor: Corporación Colombia Transparente O.N.G., Demandado: Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y otros C.P. Ruth Stella Correa Palacio. En sentido similar ver CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 25 de octubre de 2006, Radicación número: AP-25000-23-24-000-2004-01843-02, Actor: José Omar Cortés Quijano, Demandado: Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y otro, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

³⁸ Al respecto ver CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO, ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Auto de 18 de julio de 2007, Radicación número: 25000-23-26-000-1999-00155-01 (29.745), Actor: Inversiones Iberoamericanas Colombia Ltda Iberocol Ltda, Demandado: Codensa S.A. E.S.P.–Empresa de Energía de Bogotá S.A. E.S.P., C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

Sin embargo, las empresas de servicios públicos constituyen el prestador por antonomasia o *prototipo del prestador de servicios públicos*³⁹, como lo ha puesto de presente la jurisprudencia:

“La Constitución de 1991 defirió al legislador, en el inciso segundo de su artículo 365, la definición del régimen jurídico aplicable al sector de los servicios públicos domiciliarios, el cual fue adoptado en la ley 142 de 1994. Régimen jurídico que, entonces, exige por preciso mandato constitucional que en su interpretación y aplicación se parta de su carácter especial, según las voces del artículo 5 de la ley 57 de 1887 en consonancia con el artículo 186 de la propia ley 142 (*lex specialis derogat legít generalis*).⁴⁰

“Este texto legal se estructuró sobre la base de un mercado en competencia fuertemente intervenido por el Estado, y cuyos ejes temáticos son dos: por una parte los usuarios y por otro lado, los prestadores de servicios públicos domiciliarios. Frente a estos últimos, esta ley prevé que por regla general deben constituirse como ‘*empresas de servicios públicos*’ y sólo por excepción pueden revestir otras modalidades vgr. prestador directo, empresa industrial y comercial del Estado, etc. Así lo indicó la exposición de motivos de esta ley al señalar que ‘[e]l proyecto supone que, por regla general, son ‘*empresas de servicios públicos*’ las que han de prestar los servicios a los que se aplica la ley’ (art. 27 del C.C. *voluntas legislatoris*)⁴¹

“A esta conclusión también se llega a partir de la lectura sistemática de la ley 142, en especial de sus principios generales (capítulo I del Título preliminar: arts. 1 a 13), de sus definiciones especiales (capítulo II, art. 14), del Título I atinente al régimen jurídico de las empresas de servicios públicos domiciliarios (particularmente de los artículos 15, 17 y 19), como del régimen de transición contenido en su título X.

“Asimismo, la ley 142 en el apartado dedicado a las personas prestadoras de servicios públicos (título I), también dejó en claro que esta preceptiva privilegia la prestación por parte de empresas de servicios públicos domiciliarios (en cualquiera de sus modalidades: públicas, privadas o mixtas) y sólo por excepción la permite por parte de otro tipo de operadores. (...)

“Nótese que el precepto transcrito [art. 15] sigue la línea de determinar que las empresas de servicios públicos son el prestador por

³⁹ PALACIOS MEJÍA, Hugo, El derecho de los servicios públicos, Ed. Biblioteca vigente, Bogotá, 1999, p. 211 y ss.

⁴⁰ En este sentido vid. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 066 de 1997 y “Del carácter singular del derecho de la competencia en los servicios públicos domiciliarios”, en Contexto, Revista de Derecho y Economía, No. 13, abril de 2002, Universidad Externado de Colombia, p. 22 y ss.

⁴¹ HOMMES RODRÍGUEZ, Rudolf et. al. Exposición de motivos al proyecto de ley No. 197 de 1992, por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios, en GACETA DEL CONGRESO No. 162, 17 de noviembre, 1992, p. 24.

autonomasia y los otros prestadores los operan de manera excepcional⁴² (...)

“Sobre esta base, esto es que la operación de los servicios públicos recae prioritariamente en esa nueva tipología jurídica que constituye el género ESP y que tan sólo por vía excepcional puede adelantarse la prestación mediante las otras modalidades permitidas por el legislador, la ley 142 establece en el capítulo I (Régimen jurídico de las empresas de servicios públicos) de su Título I (De las personas prestadoras de servicios públicos) varios preceptos relativos a la denominación de esa nueva persona jurídica. Así el artículo 17 al ocuparse de la naturaleza jurídica de las empresas de servicios públicos las define como ‘*sociedades por acciones*’ (S.A.), a su vez el numeral 19.1 del artículo 19 *eiusdem* que se ocupa del régimen jurídico de las empresas de servicios públicos prescribe que ‘[e]l nombre de la empresa deberá ser seguido por las palabras ‘empresa de servicios públicos’ o de las letras ‘E.S.P.’ (se subraya), por su parte el numeral 19.15 señala que ‘[e]n lo demás, las empresas de servicios públicos se regirán por las reglas del Código de Comercio sobre sociedades anónimas’ (S.A.)

“En la misma línea los numerales 14.5, 14.6 y 14.7 de la citada ley al definir las distintas modalidades de empresas de servicios públicos pone el acento en el porcentaje de los aportes, tal y como sucede con el modelo societario anónimo (S.A.).”⁴³.

En todo caso, cualquiera sea la modalidad adoptada para la prestación genéricamente la ley utiliza la expresión “ *prestadores de servicios públicos domiciliarios*”⁴⁴

Ahora, dentro de las modalidades excepcionales de operación de los servicios públicos, el artículo 6º de la ley 142, en desarrollo de los mandatos

⁴² Salvo el supuesto previsto en el numeral 15.4 del artículo 15 relativo a las organizaciones autorizadas, que pueden prestar el servicio no sólo en municipios menores en zonas rurales y en áreas o zonas urbanas específicas, sino que pueden competir en otras zonas, según la declaratoria de constitucionalidad condicionada que hiciera la Corte Constitucional de esta disposición (Sentencia C 741 de 2003).

⁴³ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 25 de octubre de 2006, Radicación número: AP-25000-23-24-000-2004-01843-02, Actor: José Omar Cortés Quijano, Demandado: Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y otro, C.P. Ruth Stella Correa Palacio. En el mismo sentido CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO, ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Auto de 18 de julio de 2007, Radicación número: 25000-23-26-000-1999-00155-01 (29.745), Actor: Inversiones Iberoamericanas Colombia Ltda Iberocol Ltda, Demandado: Codensa S.A. E.S.P.–Empresa de Energía de Bogotá S.A. E.S.P., C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

⁴⁴ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO, ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Auto de 18 de julio de 2007, Radicación número: 25000-23-26-000-1999-00155-01 (29.745), Actor: Inversiones Iberoamericanas Colombia Ltda. Iberocol Ltda, Demandado: Codensa S.A. E.S.P.–Empresa de Energía de Bogotá S.A. E.S.P., C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

constitucionales previstos en los artículos 365 y 367, autoriza la prestación directa de servicios por parte de los municipios.⁴⁵

En efecto, según el inciso segundo del artículo 365 los servicios públicos pueden ser prestados por el Estado directamente y conforme al inciso segundo del artículo 367 los servicios públicos se prestarán directamente por cada municipio, cuando las características técnicas y económicas del servicio y las conveniencias generales lo permitan y aconsejen.

Con esta perspectiva el numeral 14.4 del artículo 14 define la prestación directa de servicios por un municipio como aquella que asume un municipio, bajo su propia personalidad jurídica, con sus funcionarios y con su patrimonio⁴⁶.

En consonancia con estos preceptos, el artículo 6º reitera que los municipios prestarán directamente los servicios públicos de su competencia⁴⁷, cuando las características técnicas y económicas del servicio y las conveniencias generales lo permitan y aconsejen, lo cual se entiende que ocurre en los siguientes casos:

i) Cuando habiendo hecho los municipios invitación pública a las empresas de servicios públicos, no haya habido empresa alguna que se ofreciera a prestarlo (numeral 6.1 del artículo 6º de la ley 142);

ii) Cuando no habiendo empresas que se ofrecieran a prestar el servicio y habiendo hecho los municipios invitación pública a otros municipios, al Departamento del cual hacen parte, a la Nación y a otras personas públicas o privadas para organizar una empresa de servicios públicos que lo presten, no haya habido una respuesta adecuada (numeral 6.2 del artículo 6º de la ley 142);

iii) Cuando, aún habiendo empresas deseosas de prestar el servicio, haya estudios aprobados por el Superintendente que demuestren que los costos de prestación directa para el municipio serían inferiores a los de empresas interesadas y que la calidad y atención para el usuario serían, por lo menos, iguales a las que tales empresas podrían ofrecer. Las Comisiones de Regulación

⁴⁵ Cfr. Concepto SSPD 19991300000195, en SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS, Actualidad Jurídica en servicios públicos domiciliarios, Tomo IV, Imprenta Nacional, Bogotá, 2001, p. 155.

⁴⁶ Conforme al artículo 14 de la ley 142 las definiciones allí previstas se tendrán en cuenta para interpretar y aplicar esta ley.

⁴⁷ Vid. Art. 5º ley 142.

establecerán las metodologías que permitan hacer comparables diferentes costos de prestación de servicios (numeral 6.3 del artículo 6º de la ley 142, art. 79, párrafo 2º, num. 1º, art. 7º numeral 26 del decreto 990 de 2002).

En cuanto a las condiciones de prestación directa del servicio por parte de los municipios, el inciso primero del numeral 6.4 del artículo 6º de la ley 142 establece que cuando los municipios asuman la prestación directa de un servicio público, la contabilidad general del municipio debe separarse de la que se lleve para la prestación del servicio; y si presta más de un servicio, la de cada uno debe ser independiente de los demás. Además, su contabilidad se distinguirá entre los ingresos y gastos relacionados con dicha actividad, y las rentas tributarias o no tributarias que obtienen como autoridades políticas, de tal manera que la prestación de los servicios quede sometida a las mismas reglas que serían aplicables a otras entidades prestadoras de servicios públicos.

A su vez, acorde con las voces del inciso segundo del numeral 6.4 del artículo 6º de la ley 142, los municipios y sus autoridades quedan sujetos, en lo que no sea incompatible con la Constitución o con la ley misma, a todo lo que la ley 142 dispone para las empresas y sus administradores y, en especial, a las regulaciones de las Comisiones y al control, inspección y vigilancia y contribuciones de la Superintendencia de Servicios Públicos y de las Comisiones. El precepto en referencia, agrega que los concejos determinarán si se requiere una junta para que el municipio preste directamente los servicios y, en caso afirmativo, ésta estará compuesta como lo dispone el artículo 27 de la misma ley, relativo a las reglas especiales sobre la participación de entidades públicas en empresas de servicios públicos.

Por manera que, de acuerdo con la normativa en comento, la prestación directa de los servicios públicos por parte de los municipios configura una situación excepcional y, cuando ello tiene lugar, la ley no obstante autorizar la operación bajo la propia personalidad jurídica del municipio, con sus funcionarios y su patrimonio, impone unas reglas estrictas en orden a separar la contabilidad de éste de la de cada servicio público domiciliario prestado directamente.

Pero, en todo caso, el municipio prestador directo -como modalidad de entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios- no escapa a las funciones de regulación, control, inspección y vigilancia, como instrumentos caracterizados de

la intervención del Estado en este mercado y por lo mismo está sujeto, en lo que no sea incompatible con la Constitución o con la ley, a todo lo que la ley prevé respecto de las empresas y sus administradores, en perfecta consonancia con el mandato general previsto en el inciso final del artículo 3º de la ley 142, atinente a los instrumentos de intervención estatal en los servicios públicos.

En atención a que se trata de una situación excepcional, la operación directa de los servicios públicos por parte de los municipios, está sujeta a una regla especial de intervención por parte de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

En efecto, conforme al inciso 3º del numeral 6.4 del artículo 6º de la ley 142, en consonancia con el numeral 6º del artículo 7º del decreto 990 de 2002, cuando el municipio preste en forma directa uno o más servicios públicos e incumpla las normas de calidad que las Comisiones de Regulación exijan de modo general, o suspenda el pago de sus obligaciones, o carezca de contabilidad adecuada después de dos años de entrar en vigencia esta ley o, en fin, viole en forma grave las obligaciones que ella contiene, el Superintendente, en defensa de los usuarios y para proteger la salud y bienestar de la comunidad, además de sancionar los alcaldes y administradores, podrá invitar, previa consulta al comité respectivo, cuando ellos estén conformados, a una empresa de servicios públicos para que ésta asuma la prestación del servicio, e imponer una servidumbre sobre los bienes municipales necesarios para que ésta pueda operar.

De ahí que las condiciones de aplicabilidad del precepto en mención pueden formularse esquemáticamente así:

- i) Se predica exclusivamente de municipios prestadores directos;

- ii) Debe mediar incumplimiento del régimen jurídico aplicable a los servicios públicos (normas de calidad regulatorias, suspensión del pago de sus obligaciones, ausencia de contabilidad adecuada o violación en forma grave de las obligaciones previstas en la ley). Este incumplimiento debe ser acreditado previamente por medio de una investigación que adelante la Superintendencia en ejercicio de su potestad sancionatoria o derecho correccional en orden a reprimir acciones u omisiones antijurídicas.

iii) Es una competencia privativa del Superintendente de Servicios Públicos (numeral 6º del artículo 7º del decreto 990 de 2002);

iv) Esta atribución se ejerce en defensa de los usuarios y para proteger la salud y bienestar de la comunidad;

v) Esta modalidad de intervención lo faculta para desplazar al municipio prestador directo e invitar a una empresa de servicios públicos (sin que medie participación alguna del municipio infractor) para que asuma la prestación del servicio;

vi) Como consecuencia de esta invitación a un tercero operador, el Superintendente impondrá una servidumbre sobre los bienes municipales necesarios para que el operador especializado pueda prestar el servicio, ello para hacer efectiva la medida pues de lo contrario la misma encontraría oposición en la práctica del municipio sancionado y tornaría en nugatoria;

vii) No se requiere participación alguna del municipio prestador directo en la confección del nuevo esquema de operación, en tanto se trata de una competencia intervencionista exclusiva del Superintendente de Servicios Públicos, manifestación de la policía administrativa sancionatoria;

viii) Simultáneamente el Superintendente deberá sancionar al alcalde y administrador respectivo (en tanto operador directo del servicio).

Ahora bien, en orden a su cumplida ejecución este inciso 3º del numeral 6.4 del artículo 6º de la ley 142 fue objeto de reglamentación por parte del Gobierno Nacional a través de los decretos 398 de 2002, 1248 de 2004 y 4251 de 2004.

En efecto, el entonces Ministerio de Desarrollo Económico expidió el Decreto Reglamentario 398 de 2002⁴⁸, que reglamentó el procedimiento previo a la adopción de esta medida de intervención y estableció que una vez el Superintendente Delegado de Acueducto, Alcantarillado y Aseo verifique que un municipio, que presta en forma directa uno o varios los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo, se encuentre incurso en una de las causales señaladas en el inciso 3o. del numeral 6.4 del artículo 6o. de la Ley 142 de 1994, presentará un diagnóstico de la situación de la prestación del

⁴⁸ DIARIO OFICIAL No 44.734, de 9 de marzo de 2002.

servicio que incluya los aspectos institucionales, operativos, financieros y tarifarios, dirigido al Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios, con la recomendación de invitar a empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios para que asuman la prestación (art. 2º).

El artículo 2º de la misma norma reglamentaria dispuso que el Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios podrá comisionar un equipo interdisciplinario o contratar una firma especializada que apoye al Superintendente Delegado de Acueducto, Alcantarillado y Aseo en la elaboración del diagnóstico del servicio público domiciliario que se vaya a prestar, también podrá tener en cuenta otros estudios de distinta procedencia. Al tenor de la norma en cita, el equipo interdisciplinario verificará la información en la fuente y los alcaldes, los gobernadores y demás funcionarios territoriales deben suministrar toda la información de que dispongan sobre la prestación del servicio público domiciliario.

En acato a lo dispuesto por el artículo 2º del decreto 398 de 2002 atañe al Superintendente Delegado de Acueducto, Alcantarillado y Aseo, con arreglo al marco regulatorio vigente, evaluar y definir las condiciones futuras de prestación del servicio público domiciliario, de acuerdo con las condiciones financieras, los requerimientos de inversión y las posibilidades de obtención de recursos para mejorar la eficiencia en la prestación de dicho servicio.

Igualmente, de acuerdo con la misma norma, el Superintendente Delegado de Acueducto, Alcantarillado y Aseo definirá las responsabilidades y derechos que debe asumir la empresa de servicios públicos domiciliarios que prestará el servicio en el municipio. Al efecto, el mismo precepto autoriza al Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios para contratar una firma que apoye al Superintendente Delegado de Acueducto, Alcantarillo y Aseo para la definición de las condiciones futuras de prestación del servicio público domiciliario, que irán incluidas en la invitación.

A continuación el citado artículo 2º regula la consulta de la medida al Comité de Desarrollo y Control Social respectivo en los siguientes términos:

“El Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios consultará la decisión de invitar a una empresa prestadora de servicios públicos domiciliarios por escrito al Comité de Desarrollo y Control Social de los respectivos servicios públicos domiciliarios. El comité

o los comités deberán pronunciarse dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes al recibo de la comunicación.

“PARÁGRAFO 1o. El concepto del Comité o los Comités de Desarrollo y Control Social no tiene carácter vinculante.

“PARÁGRAFO 2o. Si no existiere Comité de Desarrollo y Control Social en el municipio, el Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios adoptará la decisión de llevar a cabo la invitación para vincular a una empresa prestadora de servicios públicos domiciliarios.”

Una vez emitido dicho concepto, si a ello hubiere lugar, o transcurrido el término indicado en el artículo anterior, el artículo 3º de citado decreto 398 de 2002 determina que el Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios mediante resolución motivada adoptará la decisión de llevar a cabo una invitación para seleccionar a una empresa que preste el servicio público domiciliario de acueducto, alcantarillado o aseo y en acto separado ordenará la apertura de investigación para determinar la eventual responsabilidad de los Alcaldes y Administradores de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado o aseo. Actos administrativos, que ordena ser notificados al Alcalde del municipio.

El artículo 3º en referencia ordena además que en firme la resolución de invitación, el Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios invitará a aquellas empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, que según la información de que dispone la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios cuenten con la capacidad técnica, administrativa y financiera para atender esos servicios, las cuales podrán presentar propuestas tendientes a asumir su prestación. Comunicación en la que detallará la metodología de evaluación de las condiciones técnicas, administrativas y financieras para la prestación del servicio público domiciliario, la situación del servicio o servicios y se suministrará toda la información que se estime necesaria, para que las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios interesadas puedan evaluar las condiciones de su prestación y formulen sus propuestas.

Al mismo tiempo el artículo 3º del decreto 398 de 2002 prescribe que el Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios fijará un plazo para la preparación y presentación de las propuestas, atendiendo a la complejidad de los servicios y al tamaño del mercado, y podrá ampliarlo de oficio o por solicitud de las

dos terceras partes de los invitados. Propuestas que deberán ser entregadas, debidamente soportadas y dentro del término señalado por el acto de convocatoria.

Por su parte el artículo 4º establece que se deberá conformar un Comité Evaluador, que lleve a cabo el análisis comparativo de las propuestas, dentro del término fijado en el acto administrativo de invitación. Una vez examinadas las propuestas, dicho Comité debe recomendar al Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios, el orden de elegibilidad de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios que presentaron propuesta para la prestación del servicio.

A su vez, el artículo 4º del decreto 398 de 2002 preceptúa que el Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios, mediante acto administrativo, seleccionará a la empresa que ofrezca las mejores condiciones de prestación del servicio público domiciliario.

Por su parte, el parágrafo de este artículo 4º prevé que cuando de la evaluación de las condiciones futuras de la prestación del servicio público domiciliario y/o las propuestas presentadas por las empresas invitadas se obtenga que no es posible alcanzar los indicadores definidos de manera general en la regulación vigente, el Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios solicitará a la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico la modificación de los mismos.

De acuerdo con el artículo 5º del decreto 398 de 2002, en el acto administrativo de selección, el Superintendente impondrá al municipio servidumbre sobre los bienes municipales necesarios para que la empresa pueda operar. Así mismo, según este artículo en dicho acto administrativo se indicarán las responsabilidades de la empresa prestadora de servicios públicos domiciliarios frente a la conservación y el mantenimiento de los aludidos bienes e instalaciones.

Como se advierte, se trata de una situación de excepción en tanto i) opera respecto de un prestador que por definición no está concebido para ello como es la entidad territorial y ii) configura una medida de intervención extrema que dota al Superintendente de un poder extraordinario de seleccionar a un prestador de servicios públicos en sustitución de otro que tiene con ello una de las sanciones más graves previstas en el régimen de servicios públicos domiciliarios. Por lo mismo, se trata -como la toma de posesión- de una medida transitoria y por ello -una vez cumplido el plazo- el servicio retorna al municipio, de conformidad con los artículos 6 y 10 del decreto 398 de 2002.

En punto de la remuneración de la empresa seleccionada, el artículo 8º del decreto 398 de 2002 pone de presente que provendrá del cobro de las tarifas dentro de los límites establecidos en la regulación para la tasa de descuento o remuneración del capital y para los gastos de operación y administración.

Por otro parte, el artículo 9o. del citado decreto 398 de 2002 autoriza al Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios para gestionar ante las autoridades nacionales, territoriales y demás organismos competentes la obtención de recursos para contribuir a financiar: i) Las inversiones destinadas al mejoramiento de la calidad de prestación de los servicios públicos domiciliarios, ii) la ampliación de coberturas, y iii) los subsidios para la población más pobre. En este punto de financiación, el párrafo del artículo 9º del decreto 398 de 2002 fue modificado por el artículo 1º del decreto 1248 de 2004⁴⁹ en los siguientes términos:

“PARÁGRAFO. Los recursos que se obtengan para el financiamiento de los conceptos enunciados en este artículo podrán ser administrados por medio de entidades fiduciarias, entidades financieras estatales u otros mecanismos legalmente válidos, cuya contratación se sujetará a las normas legales aplicables vigentes.

“La Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, en el acto administrativo mediante el cual seleccione al operador especializado para la prestación del servicio público de acueducto, alcantarillado y aseo, definirá los términos y las condiciones bajo

⁴⁹ Publicado en el DIARIO OFICIAL No. 45.532, de 27 de abril de 2004.

las cuales se constituirán las fiducias necesarias para el manejo de los recursos de que trata este artículo.”⁵⁰

A su turno el artículo 1º del Decreto 4251 de 2004, en el marco de lo dispuesto por la ley 812 de 2003 (anterior Plan Nacional de Desarrollo), autorizó a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios para promover la creación de empresas de servicios públicos de carácter regional de tal forma que se permita una gestión propia de los participantes, con sus consecuentes responsabilidades. En tal caso, la prestación del servicio se entregará a la empresa así constituida, la cual deberá contratar al operador especializado y al supervisor del contrato de operación, previamente escogidos a través de un proceso de selección, mediante actos administrativos expedidos por la Superintendencia de Servicios Públicos. El precepto en comento agrega que la prestación del servicio por el operador especializado que seleccione la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y la supervisión del contrato de operación respectivo se hará conforme a los términos y condiciones que señale esta Entidad.

Asimismo el artículo 11 del citado decreto 398 de 2002 prevé que las autoridades territoriales adoptarán las medidas administrativas correspondientes para dar cumplimiento a la decisión de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y facilitarán las labores a cargo de la empresa prestadora de servicios públicos seleccionada.

Conviene observar que de acuerdo con el artículo 12 del decreto 398 de 2002 en armonía con el artículo 178 de la Ley 142 de 1994, para los efectos de esta medida de intervención, siempre que se hable de municipios y de sus autoridades, se considerarán incluidos también los distritos, los territorios indígenas que se constituyan como entidades territoriales, y el departamento de San Andrés y Providencia; y aquellas autoridades cuyas que puedan asimilarse con más facilidad a las correspondientes autoridades municipales.

⁵⁰ El texto original del Decreto 398 de 2002 era el siguiente: “PARÁGRAFO. Los recursos que se obtengan para el financiamiento de los conceptos enunciados en este artículo podrán ser administrados por medio de entidades fiduciarias, entidades financieras estatales u organismos de cooperación internacionales, cuya contratación se sujetará a las normas legales aplicables vigentes.”

Por último, el artículo 13 del decreto 398 de 2002 deja en claro que independientemente del prestador del servicio público domiciliario, el municipio continuará con sus responsabilidades constitucionales y legales en la materia.

5. Lo demostrado

5.1 Que el Departamento Archipiélago San Andrés, Providencia y Santa Catalina venía prestando en forma directa, desde el año 1993, los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado en la isla de San Andrés, según quedó establecido con la copia auténtica, aportada por la accionada de la Resolución SSPD 866 de 10 de marzo de 2004 (fls. 261 a 264 c. de pruebas segunda instancia).

5.2 Que el Departamento Archipiélago de San Andrés incumplió varias disposiciones legales a las que estaba sujeto como prestador directo de servicios públicos domiciliarios, situación que comprometía seriamente la continuidad y calidad de los servicios a su cargo, poniendo en riesgo el bienestar de la comunidad, por lo que fue objeto de una investigación administrativa por parte de la Superintendencia Delegada para Acueducto, Alcantarillado y Aseo de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, la cual concluyó con la recomendación al Superintendente de hacer uso de la atribución contenida en el artículo 6.4 de la ley 142, según quedó establecido con la copia auténtica, aportada por la accionada de la Resolución SSPD 866 de 10 de marzo de 2004 (fls. 261 a 264 c. de pruebas segunda instancia).

5.3 Que la Superintendencia consultó al Comité de desarrollo y control social de servicios públicos domiciliarios de San Andrés sobre la aplicación del numeral 6.4 del artículo 6 de la ley 142 de 1994, en reuniones celebradas los días 5 y 6 de junio de 2002, según consta en las actas respectivas, tal y como quedó establecido con la copia auténtica, aportada por la accionada de la Resolución SSPD 866 de 10 de marzo de 2004 (fls. 261 a 264 c. de pruebas segunda instancia).

5.4 Que la Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios contrató una consultoría para definir, en los términos del numeral 6.4 del artículo 6 de la ley 142 de 1994, el esquema institucional en San Andrés Isla para la prestación de los servicios de acueducto y alcantarillado incluyendo la definición de las condiciones futuras de los mismos sobre los aspectos técnicos, financieros y legales, los cuales deben contemplar las condiciones socioeconómicas y culturales de la isla, así como los sistemas actuales de autoabastecimiento de agua y de vertimientos que aplican los raizales, como el sector hotelero y turísticos, como quedó establecido con la copia auténtica, aportada por la accionada de la Resolución SSPD 866 de 10 de marzo de 2004 (fls. 261 a 264 c. de pruebas segunda instancia).

5.5 Que el documento de diagnóstico del sistema de acueducto y alcantarillado de San Andrés isla, elaborado por una consultoría contratada para la Superintendencia Delegada para acueducto, alcantarillado y aseo, conforme al artículo 2º del decreto 398 de 2002 (copia auténtica, fls. 176 a 204 c. de pruebas en segunda instancia), *“muestra el estado actual del sistema, el que fue constatado con visitas de campo a la infraestructura y entrevistas con funcionarios de los entes territoriales, nación y departamento, conocedores del sistema, así como con otras personas que de alguna u otra forma han sido cercanas a los diferentes proyectos de acueducto y alcantarillado que se han adelantado en la isla”*, según se indica en su introducción.

Conforme al capítulo primero del mismo *“[e]l servicio de acueducto en la isla de San Andrés presenta serias deficiencias técnicas, tanto de calidad del agua como de la continuidad y confiabilidad del suministro, hecho que conlleva a (sic) razonamientos (sic) prolongados y a dificultades en el suministro de dicho recurso. Este problema es cada vez más preocupante por el crecimiento de la población, la afluencia de turismo, las limitaciones en la oferta de aguas subterráneas y los altos costos asociados con el aprovechamiento del agua salina (...) Dentro de la cultura raizal, los habitantes disponen de suministro de agua mediante su extracción de pozos o aljibes en las mismas áreas de la vivienda y por medio de la recolección en tanques de aguas lluvias, sin ningunas condiciones de tratamiento de calidad. La existencia de sistemas de almacenamiento individual por parte de los usuarios ha mostrado que la población dispone en firme de una fuente de agua originada por lluvias, reduciendo fuertemente la demanda del sistema convencional del acueducto. Este hecho y las restricciones de usar las fuentes convencionales de*

pozos y desalinización, han permitido reducir la demanda de agua a la empresa prestadora del servicio de acueducto y es una consideración importante para dimensionar la oferta y la demanda por parte del posible operador que se seleccione por parte de la SSPD. Como se mencionó anteriormente, el servicio de acueducto está limitado por la deficiencia de fuentes y en consecuencia, cualquier ampliación que se proponga depende en gran parte de la oferta que resulte en el mejoramiento del uso de fuentes subterráneas en el Valle de El Cove, la inducción de los usuarios a conservar la costumbre raizal de manejo del agua, la conservación de las prácticas de almacenamiento y la utilización de la planta desalinizadora (...)" (se subraya).

Según el estudio las fuentes básicas de agua en la isla de San Andrés son tres: i) aguas subterráneas, ii) aguas marinas y iii) aguas lluvias.

Respecto de las aguas subterráneas expone el documento diagnóstico del consultor que son las "captadas mediante pozos profundos alimentados por los acuíferos del Valle del Cove, que pertenecen a la formación de San Andrés, en la parte central de la isla. Se han captado sin el uso de procedimientos y controles adecuados ocasionando problemas de contaminación de sus aguas, debido a la intrusión de la cuña marina, situación que incrementa los niveles de contenido de sales, lo cual en conjunto con alguna contaminación orgánica, derivada de la mala disposición de los brocales de protección de los pozos, hace que la fuente de abastecimiento presente deficiencias de calidad y cantidad de agua que se suministra a los usuarios (...) el principal problema para manejar las condiciones de operación de los pozos ha sido la situación con las servidumbres y ocupación de áreas de pozos y conducciones (...) existen otros pozos de propiedad de particulares ubicados en zonas marginales del acuífero de El Cove y en otras zonas de la isla, particularmente en el sector de North End y Hooker Bight, los cuales recogen aguas de una formación geológica diferente (formación San Luis) (...) estos pozos disponen de los permisos de concesión ante Coralina y muchos son explotados comercialmente por sus propietarios suministrando agua a través de carrotanques. La oferta de esta producción está dirigida particularmente a los hoteles, sector comercial y viviendas de estratos 5 y 6. La explotación comercial de los pozos, en sentido estricto de ley (sic), podría considerarse como competencia desleal, toda vez que para poder suministrar y comercializar el agua deben sujetarse, estos particulares, a la ley 142 de 1994, es decir que deberán constituirse como una empresa prestadora de servicios públicos domiciliarios o

como productor marginal (...) [o]tra parte de la población aprovecha los aljibes o pozos de poca profundidad en las zonas anexas a sus viviendas, muchos de ellos utilizados como fuente básica en épocas pasadas pero que hoy, a raíz de la contaminación del acuífero por pozos sépticos en el sector urbano, se han cerrado o son utilizados con limitaciones importantes de calidad del agua. La comunidad aprovecha la existencia de estas fuentes de agua para su uso a pesar de los altos niveles de salinidad y mala calidad. De acuerdo con los análisis llevados a cabo por la consultoría, no se dispone de información confiable de estos aljibes ya que muchos son hechos dentro de las unidades de vivienda de manera artesanal y no se registran ante la autoridad ambiental (...)"

En cuanto a las aguas marinas el estudio precisa que *“se utiliza agua salina extraída de pozos recargados por el mar para producir agua dulce a través de una planta desalinizadora que utiliza un proceso de ósmosis inversa. La planta se encuentra al costado sur de la pista del aeropuerto, en un lote de propiedad del departamento y tiene una capacidad de producción de 34,5 l/s, pero se encuentra actualmente fuera de servicio (...) De acuerdo con la inspección técnica realizada por la consultoría y el diagnóstico realizado por PGP Ltda.. para la puesta en operación, se considera que es necesario, además de la construcción de una acometida de alta tensión y la rehabilitación de la subestación eléctrica, llevar a cabo el mejoramiento de las condiciones del lote y del estado general de los equipos de la planta, los cuales han estado fuera de servicio cerca de cinco años, adicionando a esto, la reposición de algunos equipos que fueron desmantelados o se consideran inequívocamente fuera de uso (...) Por otro lado, la construcción de la planta fue hecha antes de la creación de Coralina y en consecuencia no dispone de ningún permiso ambiental de operación , de explotación de los pozos y de vertimiento de aguas de residuo del proceso mismo de ósmosis; en consecuencia para ponerla en marcha se requerirá de la respectiva licencia ambiental. Muchas viviendas, hoteles y comerciantes también disponen de pozos de recarga salina y sus aguas son almacenadas dentro de las instalaciones en compartimentos distintos a los de agua dulce para servicios específicos (lavado de exteriores, servicios sanitarios, duchas, etc.). Dada la facilidad de ejecución de este tipo de pozos, muchos no son registrados ante la autoridad ambiental y tampoco se dispone de estadísticas al respecto.”(destacado de la Sala).*

En lo que hace a las aguas lluvias el documento revela que *“se captan a través de los tejados y canales almacenándola en cisternas, aprovechando la precipitación*

de 1.912 mm/año. Debido a las múltiples dificultades que presenta el suministro formal de agua potable del acueducto para los isleños, los usuarios recurren a esta fuente de abastecimiento para suplir sus necesidades. Esta costumbre hace parte de la cultura raizal del isleño que se ha materializado con la construcción de cisternas en sus viviendas (...) En los meses de lluvia, los almacenamientos superiores a 2 m³ permiten una aceptable regulación de la precipitación; los más pequeños presentan problemas cuando no llueve durante una semana o más de tiempo (...) un estudio contratado por la SSPD recientemente, abril de 2003, acerca de la capacidad de almacenamiento propio de la población isleña con miras a implementarlo como una alternativa para la prestación del servicio, concluye que la aplicación de inversión hacia sistemas de almacenamiento individual, además de los problemas de calidad naturales de esta modalidad de suministro, resulta más costosa que la operación y desarrollo adecuado del sistema convencional de acueducto existente ”

El estudio subraya igualmente que la isla de San Andrés cuenta con dos sistemas de tratamiento de agua potable construidos: i) la planta de ablandamiento y ii) la planta desalinizadora.

En lo que refiere a la planta de ablandamiento ubicada en Duppy Gully -que tiene por función tratar las aguas procedentes de los pozos del Valle de El Cove- el documento indica que “[s]e encuentra sin uso desde su misma construcción en el año de 1996. De la inspección técnica adelantada por la consultoría, se puede concluir que el estado general y estructural de la planta es bueno y se encuentra en condiciones aptas para adelantar la operación, no obstante será necesario hacer un mantenimiento general de los equipos de dosificación de químicos, ya que han estado sin uso y sin medidas preventivas de conservación desde el año 1996 (...) es importante anotar que de la inspección realizada por la consultoría, se encontró que no se dispone de un sistema de cloración o desinfección o tratamiento microbiológico adecuado en ninguno de los dos sistemas de producción y tratamiento de agua antes mencionado, por lo cual se hace necesario dotar cada uno de los sistemas con dosificadores de cloro gaseoso. Actualmente el agua producida desde los pozos del Valle del Cove es suministrada a los usuarios sin ningún tratamiento físico-químico y solamente se realiza la adición de una solución de hipoclorito de calcio, para control microbiológico, mediante un procedimiento bastante rudimentario que no da garantía de un adecuado tratamiento (...)”

El documento de la consultoría concluyó: *“Con base en la revisión en campo y de acuerdo con la información particular suministrada y analizada se concluye que el sistema de acueducto y alcantarillado de la isla ha carecido de un direccionamiento adecuado en los últimos años reflejándose en una seria deficiencia de gestión operativa y comercial y de inadecuada ejecución de infraestructura asociada. Por otra parte no existe independencia administrativa y contable de conformidad como lo establece la ley 142 de 1994 en su artículo 6.4, situación que ha incidido en que el área comercial no pueda consolidarse ni realizar exigencias a los usuarios, lo cual obviamente ha conllevado a la existencia de una baja calidad en la prestación de los servicios. Por otro lado, el catastro de usuarios se encuentra desactualizado y no existe coherencia en los aspectos comerciales del mismo. Las tarifas no son autocosteables y no se acogen a la normatividad vigente. De acuerdo con los estudios adelantados, se estima que las pérdidas negras o el índice de agua no contabilizada es superior al 60%, pero no es posible definir una metodología para el cálculo de este valor, ya que no se dispone de ningún control de medición (...)*” (subrayas de la Sala).

5.6 Que la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, en uso de sus competencias legales, abrió un proceso de invitación pública para seleccionar un operador especializado de la prestación de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado en San Andrés Isla, según quedó establecido con la copia auténtica, aportada por la accionada⁵¹, de la Resolución SSPD 866 de 10 de marzo de 2004, por la cual adoptó la decisión de llevar a cabo una invitación para la prestación de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado en San Andrés (fotocopia autenticada, fls. 261 a 264 c. de pruebas segunda instancia).

5.7 Que para garantizar la puesta en marcha de los activos afectos al servicio, el esquema diseñado previó un plan mínimo de inversiones para la rehabilitación y reposición del sistema; diseño, construcción, interventoría de obras e inversión en expansión de infraestructura de los servicios y sus actividades complementarias, que impone múltiples fuentes de financiación distintas a las tarifas: i) La Nación, a través del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial aportará los recursos provenientes del rubro ‘inversiones regionales por sectorizar’ de que trata el artículo 6º de la ley 812 de 2003 y que fueron definidos en las audiencias

⁵¹ De acuerdo con lo ordenado por el a quo en auto de 17 de mayo de 2007 (fls. 280 a 281 c. ppal.)

públicas convocadas por el Departamento Nacional de Planeación para tal efecto; ii) la Nación, a través del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial aportará los recursos disponibles para tal efecto en el proyecto PNUD COL 01/029 'Fortalecimiento del sector de agua potable y saneamiento básico'; y iii) El Departamento Archipiélago San Andrés, Providencia y Santa Catalina aportará los recursos provenientes de la ley 715 de 2001 de inversión forzosa en el sector de agua potable y saneamiento básico, para lo cual la Gobernación ha presentado ante la Asamblea Departamental un proyecto de ordenanza mediante la cual se autoriza la pignoración de dichos recursos por el término de 10 años, según consta en la copia auténtica, aportada por la accionada de la Resolución SSPD 866 de 10 de marzo de 2004 (fls. 261 a 264 c. de pruebas segunda instancia).

5.8 Que el esquema institucional para la prestación del servicio de acueducto y alcantarillado fue socializado en la isla en reuniones celebradas los días 19 de julio, 28 y 29 de septiembre, 6, 7, 26 y 27 de noviembre de 2003 y 4,5,6, 15, 16 y 17 de febrero y 5 de marzo de 2004, con la participación de los usuarios de los servicios, los dueños de los pozos abastecedores de agua, las diferentes agremiaciones de la isla, las autoridades del Departamento, la Asamblea Departamental, las entidades oficiales, los medios de comunicación local, así como cualquier otra persona que estuviera interesada en conocer el esquema, según consta en la copia auténtica, aportada por la accionada de la Resolución SSPD 866 de 10 de marzo de 2004 (fls. 261 a 264 c. de pruebas segunda instancia).

En este acto administrativo se dispuso en el numeral segundo que en firme a más tardar el 15 de abril de 2004, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios presentaría el proyecto de condiciones futuras de operación de los servicios de acueducto y alcantarillado a los posibles operadores interesados, previa publicación del mismo en la página web de la entidad. A su vez, el numeral tercero indicó que la Superintendencia procedería a realizar la invitación correspondiente a más tardar el 13 de mayo de 2004.

5.9 Que mediante Resolución SSPD 1091 de 14 de abril de 2004 (fotocopia autenticada, fls. 258 a 260 c. de pruebas de segunda instancia), se modificaron las fechas antes indicadas y se dispuso que a más tardar los días 17 y 18 de junio de 2004, la Superintendencia presentaría el proyecto de condiciones futuras de operación de los servicios de acueducto y alcantarillado, en atención a:

“Que el artículo segundo de la ordenanza No. 003 del 18 de marzo de 2003, expedida por la Asamblea Departamental del Departamento (sic) Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina dispone:

‘Autorícese al Gobernador para crear una empresa de servicios públicos domiciliarios oficial, del orden departamental, para lo cual tendrá que entregar en calidad de aporte los bienes afectos al servicio. Dicha empresa tendrá autonomía administrativa y financiera para la prestación de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado en la isla de San Andrés, constituida en cumplimiento de las disposiciones señaladas en la ley 142 de 1994, la cual procederá con la mayor austeridad.

Parágrafo primero. La operación de los servicios estará a cargo de un operador especializado, el cual será escogido por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. Será seleccionado a través del proceso de invitación pública establecido en el decreto 398 de 2004 (sic)

‘Parágrafo segundo. La Junta Directiva de la empresa que se autoriza establecer a través de la presente ordenanza, estará compuesta por cinco (5) miembros y en ella tendrá asiento el Gobierno Nacional mientras se ejecutan los recursos provenientes de éste, así como un vocal de control social legalmente constituido’

“Que es un requisito para continuar con el proceso de invitación de que trata la Resolución SSPD 866 del 10 de marzo de 2004, emanada por esta Superintendencia que esté constituida debidamente la empresa de servicios públicos domiciliarios oficial, del orden departamental, cuya creación se dispuso mediante Ordenanza No. 003 del 18 de marzo de 2003.

“Que a la fecha dicha empresa no ha sido conformada, razón por la cual se hace necesario modificar los plazos señalados en los artículos segundo y tercero de la resolución SSPD 866 de 2004”.

5.10 Que el plazo para realizar la invitación se amplió al 23 de agosto de 2004, según Resolución SSPD 1938 de 25 de junio de 2004 (copia auténtica, fl. 241, c. de pruebas de segunda instancia); luego se pospuso para el 23 de septiembre de 2004, mediante Resolución SSPD 2351 de 30 de julio de 2004 (copia auténtica, fl. 257 c. de pruebas de segunda instancia) debido a que *“como resultado del análisis y respuesta a las observaciones y sugerencias presentadas los días 17 y 18 de junio pasado por las personas interesadas en el proceso de invitación para la prestación de los servicios de acueducto y alcantarillado en San Andrés Isla, se están realizando unos ajustes al documento de condiciones futuras del servicio, así como al proyecto de minuta que se anexará al mismo”*.

5.11 Que mediante Circular externa SSPD0010 de 20 de julio de 2004 se puso en conocimiento de los interesados en el proceso de invitación para la prestación de servicios de acueducto y alcantarillado en San Andrés isla, la modificación del cronograma a su vez adoptado en la Circular 0009 de 25 de junio de 2004 (copia auténtica, fl. 238 c. de pruebas en segunda instancia), *“como resultado del análisis y respuesta a las observaciones y sugerencias presentadas los días 17 y 18 de junio pasado por las personas interesadas en el proceso de invitación para la prestación de los servicios de acueducto y alcantarillado en San Andrés Isla, se están realizando unos ajustes al documento de condiciones futuras del servicio, así como al proyecto de minuta que se anexará al mismo”* (copia auténtica, fls. 250, c. de pruebas en segunda instancia).

5.12 Que mediante Resolución SSPD 2992 de 28 de octubre de 2004, la Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios modificó el cronograma para realizar la invitación para la prestación de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado de San Andrés isla, adoptado mediante Resolución SSPD 866 de 10 de marzo de 2004 (copia auténtica, fl. 259 c. de pruebas de segunda instancia).

5.13 Que mediante la Circular Externa SSPD 0014 de 28 de octubre de 2004 se anunció a los interesados en el proceso de invitación para la prestación de los servicios de acueducto y alcantarillado en San Andrés isla, la modificación del cronograma señalado en la Circular Externa SSPD 0010 de 30 de julio de 2004 en atención a la constitución de la Sociedad Aguas de San Andrés S.A. E.S.P. (copia auténtica fl. 249, c. de pruebas de segunda instancia). Cronograma que a su turno sucesivamente fue modificado e informado a los interesados mediante las Circulares Externas SSPD 00015 de 3 de diciembre de 2004, 00001 de 14 de febrero de 2005, 00002 de 1 de junio de 2005, 00003 de 24 de junio de 2005, 00004 de 11 de julio de 2005, 00005 de 15 de julio de 2005 (copia auténtica, fls. 243 a 248 c. de pruebas de segunda instancia).

5.14 Que de acuerdo con el documento de condiciones de la invitación pública para la selección del operador especializado que debería contratar la empresa Aguas de San Andrés S.A. E.S.P.⁵² (copia auténtica, fls. 205 a 237 c. de pruebas de segunda instancia), el objeto del contrato de operación sería: *“la operación de*

⁵² Empresa prestadora de servicios públicos creada por el Departamento Archipiélago, no obran en el expediente copia auténtica de los actos administrativos que dan cuenta de este hecho.

la infraestructura destinada a la prestación de los servicios de acueducto y alcantarillado en la isla de San Andrés. En cumplimiento del (sic) dicho contrato corresponderá al operador, durante la vigencia del mismo, prestar, por su cuenta y riesgo, los servicios de acueducto, para lo cual deberá mantener, rehabilitar y reponer la infraestructura destinada a la prestación de los servicios de acueducto y alcantarillado, así como diseñar y construir las obras requeridas para adicionar y complementar la infraestructura de acuerdo con lo establecido para el efecto en el presente contrato (sic). Así mismo, el operador responderá ante la contratante por el cumplimiento de los indicadores de cobertura, calidad y continuidad definidos en el contrato (...).”

En cuanto a las adendas, el numeral 3.11 del documento de condiciones dispuso: *“La Superintendencia de Servicios Públicos podrá expedir adendas a las condiciones establecidas en el presente documento, las cuales adicionarán o sustituirán las condiciones aquí contenidas. Todas las adendas que se envíen pasarán a formar parte del documento de condiciones. Por consiguiente, los asuntos que no sean acogidos mediante adendas, no tendrán fuerza vinculante. La Superintendencia comunicará a todas aquellas personas que hayan adquirido el documento de condiciones con posterioridad a la fecha de apertura. Todos (sic) los adendas serán publicadas por la SSPD en su página web y enviadas por correo electrónico a la dirección indicada por los interesados al momento de retirar el documento de condiciones. Las adendas formarán parte del documento de condiciones desde la fecha en que sean publicadas y deberán ser tenidos en cuenta por los proponentes para la formulación de la propuesta”.*

El documento de condiciones fue modificado por la Adenda No. 1, conforme a la cual en la propuesta técnico operativa el proponente debería ofrecer los siguientes indicadores de continuidad, calidad y cobertura:

“a) Mes de operación en que se compromete el proponente a alcanzar la continuidad del servicio. Se entiende por continuidad la disponibilidad en el suministro de agua potable durante las veinticuatro (24) horas del día durante todos los días de la semana a la totalidad de los suscriptores del servicio de acueducto con una presión mínima de diez (10) mca. Los proponentes no podrán ofrecer un mes anterior al doce (12) ni posterior al mes cuarenta y ocho (48) de operación.

“b) Número de nuevos suscriptores de alcantarillado que se compromete a vincular año a año durante la ejecución del contrato de operación con inversión: La suma de nuevos suscriptores desde

el año uno (1) hasta finalizar el año tres (3) de operación no podrá ser inferior a 3.700 nuevos suscriptores y la suma de los nuevos suscriptores desde el año 1 hasta finalizar el año (siete) 7 de operación no podrá ser inferior a 7.000 nuevos suscriptores (...)

“La propuesta técnica-operativa se presentará mediante el diligenciamiento bajo la gravedad de juramento de la proforma 7.

“Cuando en la evaluación de las propuestas se determine que los indicadores de continuidad, cobertura y calidad propuestos no cumplan con los indicadores mínimos relacionados en este numeral, la propuesta se considerará no elegible.”

A su vez, el numeral 4.2 del documento de condiciones fue modificado por la Adenda No. 8:

“4.2 Propuesta técnico operativa:

“a) Mes de operación en que se compromete el proponente a alcanzar la continuidad del servicio en el sector de North End en los circuitos Centro, Hotelero y Sarie Bay y en el sector San Luis. Los proponentes no podrán ofrecer un mes anterior al mes doce (12) ni posterior al mes cuarenta y ocho (48) contados desde el inicio de la entrada en operación.

“b) Número de nuevos suscriptores de alcantarillado que se compromete a vincular año a año durante la ejecución del contrato de operación: La suma de nuevos suscriptores desde el año uno (1) hasta finalizar el año tres (3) de operación no podrá ser inferior a 3.700 nuevos suscriptores y la suma de los nuevos suscriptores desde el año 1 hasta finalizar el año (siete) 7 de operación no podrá ser inferior a 7.000 nuevos suscriptores

(...)

“La propuesta técnica-operativa se presentará mediante el diligenciamiento bajo la gravedad de juramento de la proforma 7.

“Cuando en la evaluación de las propuestas se determine que los indicadores de continuidad, cobertura y calidad propuestos no cumplan con los indicadores mínimos relacionados en este numeral, la propuesta se considerará no elegible.” (la parte subrayada corresponde a la modificación).

La proforma 7 atinente a la propuesta técnico-operativa fue modificada en el capítulo cuarto de la adenda 8 (copia auténtica, fls. 11 y 12 c. de pruebas):

“Continuidad del suministro de agua potable: Nos comprometemos a mantener una disponibilidad de suministro de agua potable de manera continua las 24 horas del día a todos los usuarios del sistema de acueducto en el sector de North End en los circuitos

Centro, Hotelero y Sarie Bay y en el sector de South End en el circuito de San Luis a partir del mes ____ (2) de operación, de acuerdo con las condiciones previstas en el contrato de operación”

En el capítulo 3º de la Adenda 8, contentivo de las modificaciones a la proforma 5 (copia auténtica, fl. 32 c. de pruebas de segunda instancia), se estableció en cuanto a la continuidad del servicio:

“El numeral 1.8 del contrato de operación quedará así:

“1.8 Continuidad del servicio: Es la disponibilidad en el suministro de agua potable durante las 24 horas del día, los siete (7) días a la semana, para los suscriptores ubicados en el sector de North End en los circuitos Centro, Hotelero y serie Bay y en el sector de San Luis, con presión mínima de 10 mca en los días corrientes y con presión mínima de 5 mca en los días de temporada alta. Se entiende como días de temporada alta los días de los meses de enero, junio, julio y diciembre y la semana santa. Se entiende como días corrientes los días del año.”

Respecto a los indicadores de continuidad la cláusula 12 del proyecto de minuta de contrato de operación-proforma No. 5 (copia auténtica, fls. 101 a 161 c. de pruebas de segunda instancia) previó:

“El operador deberá cumplir con los siguientes indicadores de cobertura, calidad y continuidad:

“12.1 Continuidad del servicio de agua potable:

“El operador se compromete a mantener una disponibilidad en el suministro de agua potable de manera continua las 24 horas del día a todos los usuarios de acueducto del sector de North End en los circuitos de Centro, Hotelero y Sarie Bay y en el sector de San Luis a partir del mes 36 (treinta y seis) de operación, con presión mínima de 10 mca en los días corrientes y con presión mínima de 5 mca en los días de temporada alta. Se entiende como días de temporada alta los días de los meses de enero, junio, julio y diciembre y la semana santa. Se entiende como días corrientes los demás días del año.

“El operador se compromete a mantener una disponibilidad en el suministro de agua potable en los sectores diferentes a los previstos en el inciso anterior, que le permita satisfacer el consumo básico hasta de 8 de metros cúbicos de los usuarios del servicio (...)”

5.15 Que mediante Resolución SSPD 3180 de 2 de diciembre de 2004, la Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios conformó el comité evaluador dentro del proceso de invitación para la prestación de los servicios públicos

domiciliarios de acueducto y alcantarillado en la isla de San Andrés (copia auténtica, fl. 240 c. de pruebas en segunda instancia).

5.16 Que mediante la Resolución SSPD 20051300015775 de 1º de agosto de 2005, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios seleccionó al Consorcio Aguas del archipiélago, como operador especializado para la prestación de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado en San Andrés Isla, para que fuera contratado por la empresa departamental de carácter oficial Aguas de San Andrés, en los términos y condiciones establecidos por la Superintendencia de Servicios Públicos en el documento de condiciones (fotocopia autenticada, fl. 254 a 256 c. de pruebas de segunda instancia).

5.17 Que mediante Resolución 20051300017425 de 12 de agosto de 2005, la Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios adicionó la Resolución SSPD 20051300015775 de 1º de agosto de 2005 e impuso a favor del operador seleccionado una servidumbre sobre la infraestructura y bienes departamentales destinados a la prestación de los servicios de acueducto y alcantarillado en San Andrés, por el término del contrato de operación (fotocopia auténtica fls. 252 a 253 c. de pruebas de segunda instancia).

5.18 Que Proactiva de Aguas del Archipiélago S.A. E.S.P. fue constituida por escritura pública No. 0002344 de la Notaría 47 de Bogotá el 17 de agosto de 2005 como una sociedad que tiene por objeto prestar los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado, así como aquellas de saneamiento básico y sus actividades complementarias *“en especial, pero sin limitarse a él, el contrato de operación con Aguas de San Andrés S.A. E.S.P. Sociedad (sic) o la entidad que señale la Superintendencia de Servicios Públicos como consecuencia de la invitación pública abierta por dicha Superintendencia para seleccionar un operador especializado para la Isla de San Andrés (...)*”, según consta en el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de San Andrés y Providencia (original, fls. 81 a 84 y 192 a 199 c. 1).

De conformidad con este certificado, Proactiva de Aguas del Archipiélago S.A. E.S.P. fue constituida, especial pero no exclusivamente, con el objeto de operar el sistema de acueducto y alcantarillado de San Andrés y por ello debe cumplir con las *“obligaciones derivadas de su existencia”* en especial las de *“operar y mantener las instalaciones que opere para prestar estos servicios, y la realización*

de obras que permitan ampliar su cobertura y mejorar su calidad" (original, fl. 86 reverso y 192 reverso c. 1, subrayas fuera de texto).

5.19 Que Aguas de San Andrés S.A. E.S.P. y Proactiva de Aguas del Archipiélago S.A. E.S.P. el 8 de septiembre de 2005 celebraron un contrato de operación de la infraestructura destinada a la prestación de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado en la isla de San Andrés, en cuya cláusula segunda relativa al objeto se indicó que corresponderá al operador, en cumplimiento de ese contrato, durante su vigencia⁵³, prestar, por su cuenta y riesgo, los servicios de acueducto y alcantarillado, para lo cual deberá mantener, rehabilitar y reponer la infraestructura destinada a la prestación de los servicios de acueducto y alcantarillado y diseñar y construir las obras requeridas para adicionar y complementar la infraestructura de acuerdo con lo definido para el efecto en el mismo, según la copia auténtica del mismo remitida a esta instancia por oficio ADSAI-GE0099-07 de 25 de junio de 2007, por la Gerente de Aguas de San Andrés, en cumplimiento de lo ordenado por el numeral 2º del auto de 17 de mayo de 2007 (fls. 287 a 288 y 330 a 390 c. ppal.).

5.20 Que la cláusula 12 del contrato de operación atinente a los indicadores de cobertura, calidad y continuidad previó en su numeral 12.1 respecto de la continuidad del servicio de agua potable que *" El operador se compromete a mantener una disponibilidad en el suministro de agua potable del sector de North End en los circuitos de Centro, Hotelero y Sarie Bay y en el sector San Luis a partir del mes 36 (treinta y seis) de operación, con presión mínima de 10 mca en los días corrientes y con presión mínima de 5 mca en los días de temporada alta los días de los meses de enero, junio, julio y diciembre y la semana santa (...) El operador se compromete a mantener una disponibilidad en el suministro de agua potable en los sectores diferentes a los previstos en el inciso anterior, que le permita satisfacer el consumo básico hasta de 8 metros cúbicos de los usuarios del servicio"*, según la copia auténtica del contrato de operación remitida a esta instancia con oficio ADSAI-GE0099-07 de 25 de junio de 2007, por la Gerente de Aguas de San Andrés, en cumplimiento de lo ordenado por el numeral 2º del auto de 17 de mayo de 2007 (fls. 287 a 288 y 330 a 390 c. ppal.).

⁵³ El plazo de ejecución del contrato es de 15 años, contados a partir del día de suscripción del acata de inicio y entrega de bienes, según la cláusula 4ª del mismo.

5.21 Que de acuerdo con lo dispuesto en los demás numerales de la cláusula doce del contrato de operación el operador se comprometió a contar con una capacidad disponible de producción de agua potable para cada año de operación que debe aumentar gradualmente de 40.4 en el mes séptimo del primer año a 86.0 a partir del tercer año; asimismo el operador se obligó a vincular o regularizar gradualmente a los usuarios del servicio con el fin de contar, por lo menos, 5.400 en el primer año de operación a 11.200 en el año 15, según la copia auténtica del contrato de operación remitida a esta instancia con oficio ADSAI-GE0099-07 de 25 de junio de 2007, por la Gerente de Aguas de San Andrés, en cumplimiento de lo ordenado por el numeral 2º del auto de 17 de mayo de 2007 (fls. 287 a 288 y 330 a 390 c. ppal.).

5.22 Que el operador también se obligó a verificar la continuidad del servicio para lo cual debe efectuar la medición de los caudales con macromedidores, que debe instalar en la entrada y salida de los tanques y a la salida de las plantas de tratamiento de la red, medición que debe efectuarse durante 24 horas de caudal a la entrada y a la salida de las plantas de tratamiento de la red durante cada mes de operación, ello sin perjuicio de que la Superintendencia y el Supervisor implementen mecanismos de medición adicionales que permitan efectuar con mayor exactitud las mediciones de los indicadores y realizar las mediciones con la mayor periodicidad que se requiera de acuerdo a lo señalado en el contrato de supervisión, de acuerdo con la cláusula 13, según consta en la copia auténtica del contrato de operación remitida a esta instancia con oficio ADSAI-GE0099-07 de 25 de junio de 2007, por la Gerente de Aguas de San Andrés, en cumplimiento de lo ordenado por el numeral 2º del auto de 17 de mayo de 2007 (fls. 287 a 288 y 330 a 390 c. ppal.).

5.23 Que los siguientes lugares quedaron comprendidos entre los sectores que conforme a la cláusula 12 del contrato de operación, se les suministrará el servicio de agua potable en el archipiélago de San Andrés, el servicio de agua potable las 24 horas al día a partir del mes 36 de operación, de acuerdo con el oficio de respuesta del Gerente de Operaciones de Proactiva, aguas del Archipiélago S.A. E.S.P. de fecha 4 de julio de 2006 GO/200607-001 dirigido al a quo (original, fl. 204 a 211 c.1)⁵⁴, en el cual se incluyó el siguiente cuadro⁵⁵:

⁵⁴ En la misma comunicación fueron remitidos con destino al Tribunal siete (7) planos explicativos de los circuitos de distribución del servicio de acueducto en la isla y de los circuitos de distribución de acueducto (original, Anexo No.2).

ZONA	SECTOR	BARRIOS
Zona 1	Sector Hotelero	
		Sprat Bight
		Hotel Isleño
		Zona Deportiva Swamp Ground
		Macca Ground
		Hotel Mediterráneo
		Platanal
		Francis
		Big Fig Tree
		IDEAM
		Edificio el Galeón
		JohnyWed
		La Jaiba
		Zapadillt Tree
		Hotel Hernando Henry
		New Town
		Teatro Hollywood
		New Town
		Hotel Tiuna
		Hotel Calypso
		Bancolombia
		Big Point
		Centro Internacional
		Cooperativa
		Restaurante Fonda Paisa
		Hotel los Delfines
		Tres casitas
		Hotel Acuario
		Goat Heat
		Punta Hansa
		Chaptman Point Hansa
		Casa de la cultura
		Club Náutico
		Nenés Marine
		Edificio Yokohama
		Barley Boat
		Hotel Toné
		Hotel Lord Piere
		Hotel Dorado

⁵⁵ El Tribunal al abrir a prueba mediante auto de 31 de mayo de 2006 (fl. 201 c. 1) ordenó la siguiente prueba de oficio: “Oficiese a la Sociedad Proactiva del Archipiélago S.A. E.S.P., para que con destino al proceso de la referencia, remita un plano explicativo de los circuitos de distribución del servicio de acueducto de la isla de San Andrés, en el cual se especifique con claridad cuáles son los barrios que quedan comprendidos entre los sectores, que conforme a la cláusula número 12 del contrato de operación, se les suministrará el servicio de agua potable, veinticuatro (24) horas al día, a partir del mes 36 de operación.

“Igualmente se detallarán cuáles son los barrios que no quedan comprendidos dentro de los sectores de North end y San Luis, a los que se le suministrará el servicio de agua potable, indicando con qué frecuencia se realizará dicho suministro y a partir de que (sic) fecha habrá un cubrimiento total del servicio de agua potable en la isla de San Andrés”.

		Royal Abacoa
		Mac Pollo
		Abacoa
		Centro Comercial New Point
		Mezquita
		See View
		Hansa Bay
		Pleasant Point
		Hansa Ref.
		Hansa Coral Club
		Hansa Bay
		El Galeón
		Viña del Mar
		Iglesia Cristo Salvador
		Bay Point
	Sector Centro	
		Abraham Hole
		Barrio El Cocal
		Swamp Ground
		Cinco Esquinas
		Cocal I
		Santa Ana
		Barrio Cartagena Alegre
		Jhon Well
		Rock Hole
		Mercado Público
		Modelo I Etapa
		Los Guangaros
		Estadio Juan González
		Estadio Edwin O'neill
		Nixon Point
		Carpentier Yard
		Policía Nacional
		Roack
		Vietnam
		Hell-Gate
		Electrificadora
		Francis
		Misión Cristiana
		Cañón de Morgan
		Black Dog
		Iglesia Misionero Mundial
		Telecom
	Sector Los almendros	
		Barrio Los Almendros
		Barrio Las Gaviotas
		Cotton Tree
		Joe Wood Point

		Grape Tree
		SENA
		ICBF
		Instituto Técnico Industrial
		Casas Fiscales Policía
		Yazzy Landing
		Barrio Obrero
		Nixon Hill
		Putty Hill
		Yazzi Landing
		Jones Ground
		Raile Ground
		Iglesia Adventista
		Forbes Landing
		Zotas
		Colegio Sagrada Familia
		Asamblea
		Gobernación
		Parque Bolívar
		Iglesia Amor y Fe
		Colegio Antonio Nariño
		Bottom Side
		Terminal Marítimo
	Sector Natania	
		Barrios Natania de la I a la VI Etapa
		Lox Bight
		Laureles
		Galán
		Villa caribe
		Brisa Cantera
		Paraíso
		Botton Ground
		Comunal Scoll House
		Punk Peace
		Scholl House
		Punk in Peace
		La union
		Big Mango
		New Castle
		Serranilla
		Chocomar
		Barrio Back Road Parte Baja
		Atántico II
		Barrio Back Road Parte Alta
		Guillea Hen
		Davey Hill

		Guinea Hen
		Iglesia Adventista
		Amigo
		Hill Well
		Cementerio School House
		Bottom Ground
		Iglesia Cuadrangular
		El Cliff
		Iglesia Bautista
		Canteras
		Treewolk
		Aeropuerto
	Sector Sarie Bay	
		Manuel Ground
		Captain Ground
		Tom Red Ground
		Diana Well
		Roch Ground
		Big Fig Tree
		Angula
		Hotel Paradise Beach
		Zarabamba
		Red Ground
		César Gaviria
		Nuevo México
		Tablitas
		San Francisco de Asís
		Sisbet Red Ground
		Bob Red Ground
		Cabaña Altamar
		Dumo Rock
		Chain Ground
		Jungla
		Campo Hermoso
		Bob Ground
		Sarie Bay
		North End
		Infotep
		Hospital Timothy Britton
		Sprat Bight
Zona 3	San Luis	
		Pox Hole
		Tom Hooker
		Savannah
		Simth Chanel
		Hotel Decameron San Luis
		Sound Bay
		Duma Pond

		Cassion Cali
		Ground Road
		Coliseo de San Luis
		Centro de salud de San Luis
		Colegio Antonio Santos
		Universidad Nacional
		Free Town
		Cementerio Hannony Hill
		Iglesia Adventista
		Jim Pond
		Hoffie
		Iglesia San José
		Cementerio de San Luis
Zona 2	Cove	
		West View Restaurant
		Massally
		Polly Hill
		Colegio Adventista
		Cove Se Side
		Fisnerman Cove
		Apostadero Naval
		Bina
		Old Hill
		Cove Hill
		Duppy Gully
		Old Harbor Hill
		Cueva de Morgan
Zona 4	La Loma	
		Manuel Ground
		Jardín Botánico
		Hotel Caribe Campo
		Duppy Gully Road
		Lever Hill
		Green Hill
		Jack Pond
		Barrack
		Big Point
		Old Country
		Schonner Bight
		Apartahotel Organ Bay
		Bus Step
		Escuela María Auxiliadora
		Hawins
		Stone Hill
		Planta de Reciclaje Magic Garden
		Cárcel Nueva Esperanza
		Casa de la Cultura

		Estadio de baseball Brocks Hill
		Ancianato
		Antigua Cárcel del Distrito
		Court House
		Single Hill
		Brook Hill
		Brook Botton
		Urbanización Villa Helen
		Orange Hill
		La Loma
		Constans Spring
		Hotel Mar Azul
		Comando específico CESIP
		Coco Plum Bay
		Escuela Philli Beakmar
		Little Hilla
		Hotel Cocoplum Bay
		Balneario Rocky Cay
		Simpson Well
		Coralina
		Low Bight
		Haines Bight
		Flowers Hill
		Hooker Bight
		Villa Modelia
		Mafinna Hill
		Grace Piece
		Perry Hill
		John Thyme Hill
		Back Road
		Putty Hill
		David Hill
		Urbanización Atlántico
		Daddy Williams
		Urbanización Modelo II Etapa
		Barrio de los Profesores
		Hill Well
		Esperanza
		Las Palmas
		Miss Rose
		Kitty
		Michel Hill
		Buenos Aires
		Massamu Hill
		Old Country
		Sagrada Familia
		Urbanización El Bight

		Bight N° 1
		Bight N°2
		La paz
		5 de Noviembre
		Barker
		Zigle
		Haines Bight
		Battle Ally
		Constans Spring
		Colegio Hill
		Hotel Hill Side
		Mariah Hill
		Linval
		Clay Mounth
		New Guinea
		May Mounth
		Inravisión
		Iglesia Bautista de la Loma
		Iglesia San Francisco de Asís
		Iglesia Bautista de Claymounth
		Iglesia Estrella del Mar
		Planta de Energía
		Casa Museo
		Plat Form

5.20 Que mediante Resolución SSPD 20051300021815 de 29 de septiembre de 2005, la Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios conformó el comité evaluador de que trata el parágrafo del artículo 1º del decreto 4251 de 16 de diciembre de 2004, en concordancia con el inciso primero del artículo 4º del decreto 398 de 2002 dentro del proceso de invitación para la selección de un supervisor del contrato de operación para la prestación de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado en la isla de San Andrés (copia auténtica, fl. 251 c. de pruebas de segunda instancia).

5.21 Que Aguas de San Andrés S.A. E.S.P. y la Unión Temporal PGP Ltda.-Cydep Ltda. el 3 de enero de 2006 suscribieron el contrato de supervisión, cuyo objeto según la cláusula segunda es *“el seguimiento y verificación del cumplimiento de las obligaciones derivadas de la ejecución del contrato de operación suscrito por la contratante con la empresa de servicios públicos seleccionada por la SSPD/[Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios]. Para el cumplimiento del objeto pactado en este contrato, el supervisor desarrollará exclusivamente las*

actividades definidas en el presente contrato de supervisión”, según la copia auténtica del contrato de supervisión al contrato de operación remitida a esta instancia por oficio ADSAI-GE0099-07 de 25 de junio de 2007, por la Gerente de Aguas de San Andrés, en cumplimiento de lo ordenado por el numeral 2º del auto de 17 de mayo de 2007 (fls. 287 a 288 y 311 a 326 c. ppal.).

5.22 Que el supervisor se obligó a verificar las inversiones propuestas por el operador para el primer año de operación que permitan cumplir con los indicadores de cobertura, calidad y continuidad, de acuerdo con lo señalado en el párrafo de la cláusula 28 del contrato de operación; verificar el cumplimiento de los indicadores de cobertura, calidad y continuidad en las fechas y condiciones que se establecen en el contrato de operación asimismo previó en la cláusula 9 las condiciones para la verificación de los indicadores de cobertura, calidad y continuidad del suministro de agua potable de acuerdo a lo establecido en la cláusula 12 del contrato de operación, según la copia auténtica del contrato de supervisión al contrato de operación remitida a esta instancia con oficio ADSAI-GE0099-07 de 25 de junio de 2007, por la Gerente de Aguas de San Andrés, en cumplimiento de lo ordenado por el numeral 2º del auto de 17 de mayo de 2007 (fls. 287 a 288 y 311 a 326 c. ppal.).

Esta prueba documental permite a la Sala concluir que ante el grave incumplimiento del régimen jurídico aplicable a los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado, la Superintendencia de Servicios Públicos hizo uso - previa el adelantamiento del proceso administrativo sancionatorio respectivo- de la facultad prevista en el numeral 6.4 del artículo 6º de la ley 142, en orden a sustituir al Departamento Archipiélago de San Andrés como prestador directo de dichos servicios públicos⁵⁶, en tanto que la situación comprometía seriamente la calidad y continuidad de los mismos.

También con base en el material probatorio recaudado quedó establecido que, de acuerdo con el marco reglamentario aplicable, el ente de control contrató una consultoría que puso de relieve las serias deficiencias técnicas tanto en la calidad, como en la continuidad y confiabilidad en el suministro del agua, debido en gran parte a la deficiencia de fuentes del acuífero y a las graves deficiencias detectadas en el sistema de tratamiento de agua potable.

⁵⁶ Como ya se indicó, conforme al artículo 178 de la ley 142 el Departamento Archipiélago es tratado para estos efectos exclusivamente del régimen legal de los servicios públicos como municipio.

Las pruebas igualmente dan cuenta que para mejorar los indicadores de calidad, continuidad y cobertura del servicio de acueducto y alcantarillado era necesario un plan mínimo de inversiones, que supone la participación de diversas fuentes de financiación provenientes tanto de la Nación Colombiana como del Departamento Archipiélago de San Andrés.

Asimismo, conforme al acervo probatorio, el documento de condiciones fue objeto de varias modificaciones a través de distintas adendas por parte de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, en particular en cuanto a los compromisos del operador en ciertos sectores de la isla, a partir del mes 36 de operación.

Pero al mismo tiempo, de la misma prueba se establece que el operador también se comprometió a mantener una disponibilidad en el suministro de agua potable en los demás sectores diferentes, que le permita satisfacer el consumo básico hasta de 8 metros cúbicos de los usuarios del servicio, conforme al documento de condiciones y a la cláusula 12 del contrato de operación.

Finalmente según el material probatorio antes referido, tanto el contrato de operación, como el de supervisión, así como el documento de condiciones, establecen obligaciones a cargo del operador de gradual aumento, en los 15 años de operación, en cuanto a la capacidad disponible de producción de agua potable; a la vinculación y regularización gradual de los usuarios del servicio, en orden a ampliar significativamente la cobertura; a la verificación de la continuidad de la prestación a través de instrumentos de medida.

6. De la determinación de vulneración a los derechos colectivos invocados.

6.1 Moralidad administrativa

Frente a lo que se entiende por moralidad administrativa, la Sala precisó, en tesis que ha sido constantemente reiterada⁵⁷, que en un Estado pluralista como el que

⁵⁷ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, sentencia del 31 de octubre de 2002. Exp. No. AP-059; Exp. No. AP-166 y AP-170 de 2001.

se identifica en la Constitución de 1991 (Art. 1), la moralidad tiene una textura abierta, en cuanto de ella pueden darse distintas definiciones. Sin embargo, si dicho concepto se adopta como principio que debe regir la actividad administrativa (Art. 209 ibídem), la determinación de lo que debe entenderse por moralidad no puede depender de la concepción subjetiva de quien califica la actuación sino que debe referirse a la finalidad que inspira el acto de acuerdo con la ley. Desde esta perspectiva, ha de considerarse como inmoral toda actuación que no responda al interés de la colectividad y específicamente, al desarrollo de los fines que se buscan con las facultades concedidas al funcionario que lo ejecuta. Se advierte, por tanto, una estrecha vinculación entre este principio y la desviación de poder.

En suma, la jurisprudencia de la Corporación ha ido precisando el concepto de moralidad administrativa, como derecho colectivo que puede ser defendido por cualquier persona, del cual se destacan estas características: *“a) es un principio que debe ser concretado en cada caso; b) al realizar el juicio de moralidad de las actuaciones, deben deslindarse las valoraciones sobre conveniencia y oportunidad que corresponde realizar al administrador de aquellas en las que se desconozcan las finalidades que debe perseguir con su actuación; c) en la práctica, la violación de este derecho colectivo implica la vulneración de otros derechos de la misma naturaleza.”*⁵⁸

Igualmente ha hecho énfasis la Sala en la utilidad del principio de legalidad a la hora de determinar la violación del derecho colectivo a la moralidad administrativa, en tanto la conclusión de su vulneración no depende del concepto personal del juez sobre lo que considera moral, sino de la justificación que la actuación cuestionada encuentre en el ordenamiento jurídico, eliminando de esa forma cualquier consideración de carácter subjetivo en la inferencia que encuentre el juez en torno ó no de ese derecho. En lo pertinente señaló la Sala⁵⁹:

“La moral administrativa consiste en la justificación de la conducta de quien ejerce función pública, frente a la colectividad, no con fundamento en una óptica individual y subjetiva que inspire al juez en cada caso particular y concreto, sino en la norma jurídica determinadora de los procedimientos y trámites que debe seguir éste en el cumplimiento de la función pública que le ha sido encomendada.

⁵⁸ Sentencia proferida por la SECCIÓN TERCERA el 31 de octubre de 2002, Exp. AP-059. En el mismo sentido ver sentencias AP-166 y Ap-170 de 2001.

⁵⁹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, sentencia del 2 de junio de 2005. Exp. No. AP-720.

Por contera la vulneración a la moral administrativa no se colige de la apreciación individual y subjetiva del juez en relación con la conducta de quien ejerce función pública; tal inferencia, como lo ha concluido la Sala, surge cuando se advierte la inobservancia grosera, arbitraria y alejada de todo fundamento legal, de las normas a las cuales debe atenerse el administrador en el cumplimiento de la función pública. Cabe agregar que la sola desatención de los trámites, procedimientos y reglamentos establecidos normativamente para el ejercicio de la función pública, en que el encargado de la misma incurra, no lleva a concluir automáticamente y sin fórmula de juicio, la vulneración al derecho colectivo a la moralidad administrativa; es necesario además, que de la conducta transgresora del ordenamiento establecido pueda predicarse antijuridicidad, entendido este elemento como la intención manifiesta del funcionario de vulnerar los deberes que debe observar en los procedimientos a su cargo.

Así, se concluye que la moralidad administrativa está inescindiblemente vinculada al cumplimiento de las funciones que se establecen en la norma para el ejercicio de un cargo, porque es en el ordenamiento jurídico donde la actuación del encargado de la función pública encuentra su justificación frente a la colectividad y por ende está estrechamente relacionada con el principio de legalidad, cuya vulneración puede darse por extralimitación o por omisión de las autoridades públicas en el ejercicio de sus funciones (artículo 6 de la C.N.), comprometiendo la responsabilidad del agente causante de la vulneración, no sólo frente al Estado y los directamente afectados en un derecho subjetivo amparado en una norma, sino frente a la colectividad interesada en que se mantenga la moralidad administrativa, derecho cuyo disfrute no corresponde a un titular determinado y concreto sino a toda la comunidad”.

En el *sub lite* el accionante reprocha la modificación de los indicadores de continuidad y disponibilidad de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado en la isla de San Andrés dentro del proceso de selección de operador especializado adelantado por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios en ejercicio de sus atribuciones de intervención económica previstas en el numeral 6.4 del artículo 6º de la ley 142

Sin embargo, el acervo probatorio recaudado no le permite establecer a la Sala la trasgresión a la moralidad administrativa pues no se demostró conducta inmoral alguna endilgable a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, ni al Departamento Archipiélago de San Andrés, como tampoco respecto de las empresas Aguas de San Andrés S.A. E.S.P. y Proactiva del Archipiélago S.A. E.S.P., que pueda enmarcarse en un evento de violación o amenaza del derecho antes mencionado, toda vez que con la simple previsión de unos indicadores de continuidad y disponibilidad del servicio, no se colige una conducta lesiva o capaz de generar un daño, peligro grave o amenaza de este derecho o interés colectivo,

o configurativa de un comportamiento inmoral o falta de ética de un funcionario en el ejercicio de sus funciones.

Es importante reiterar que, de conformidad con el artículo 30 de la ley 472 (en perfecta consonancia con la regla general contenida en el artículo 177 del CPC⁶⁰), la prueba de los supuestos de hecho a través de los cuales se asegura la vulneración de los derechos colectivos incumbe al actor, regla que sólo es atenuada por el mismo precepto respecto de situaciones en las que por razones de orden económico o técnico la carga de la prueba no puede ser cumplida por el demandante, el juez debe impartir las órdenes necesarias para suplir la deficiencia y obtener los elementos probatorios indispensables para proferir un fallo de mérito. Sobre este punto la Sala reitera que:

“(…) cuando alguien afirma que otro no ha cumplido un deber o una obligación a su cargo, esta aseveración no reviste, a juicio de la Sala, el carácter de negación indefinida que lo exonere de prueba (*incumbit probatio eri qui dicit, non qui negat*), pues comporta en realidad de verdad la aserción general y abstracta de que éste ha incumplido. Se está delante de una negación que lo es apenas en apariencia o formal (*negativa praegantem*), en tanto es susceptible de ser establecida por medio de la justificación del hecho afirmativo contrario: el incumplimiento.

“A partir de los más reconocidos procesalistas el profesor Rocha Alvira dice lo siguiente refiriéndose a este tema:

‘...es obvio que mal puede estar excusada la prueba de negaciones de hechos, cuando la negación es de mera forma gramatical. El equívoco se despejaría redactando la proposición en forma positiva. Si niego la capacidad jurídica, afirmo la incapacidad y la debo probar. Si niego la buena calidad de la mercancía, afirmo determinada mala calidad. Si niego que la sustancia de una cosa es de oro, estoy afirmando que es de otro metal. En estos casos no hay inconveniente alguno para la prueba. Esta especie de negaciones envuelven una afirmación, por lo cual de antiguo se les designa como negativa praegnans (hinchada, rellena, grávida). Es la negativa de cualidad.

‘(…)Hay también negativas de un derecho o del derecho: cuando niego que una cosa es conforme a derecho, o que el acto es legítimo. También aquí la negativa se convierte en afirmativa y la

⁶⁰ “(…) incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”

prueba debo darla *par semblant*, o sea, convirtiendo la negativa en afirmativa.⁶¹

“En el caso *sub lite* cuando el actor popular asevera que el municipio no ha cumplido con la puesta en funcionamiento real y efectiva del FSRI , esta negativa es de mera forma gramatical, pues en el fondo configura una afirmación redactada negativamente (*afirmación negativa*⁶²), o lo que es igual, la afirmación de un hecho contrario: el incumplimiento (*un hecho no es menos positivo porque se articule en forma negativa*).

“Se trata, entonces, de una negación definida⁶³ que es susceptible de demostración acreditando el hecho positivo contrario que en forma implícita se indica, por lo que no está exenta de prueba a términos del inciso segundo del artículo 30 de la ley 472, en consonancia con el artículo 177 del C. de P. C. y el artículo 1757 del C.C. (*onus probandi incumbit actori*)⁶⁴.

“En tal virtud, el accionante ha debido acreditar este aserto para lograr el éxito de sus pretensiones en tanto a él correspondía la carga de probar los hechos en que se funda la acción, regla que trae aparejado que el demandado ha de ser absuelto de los cargos, si el demandante no logró probar los hechos constitutivos de la demanda (*actore non probante, reus absolvitur*).

“Finalmente, aunque el citado artículo 30 de la ley 472 de 1998 señala que si por razones de orden económico o técnico la carga de la prueba no puede ser cumplida por el demandante, el juez debe impartir las órdenes necesarias para suplir la deficiencia y obtener los elementos probatorios indispensables para proferir un fallo de mérito, esta situación no se presentó en el caso concreto, dado que la deficiencia probatoria fue ajena a las razones consignadas en la ley.”⁶⁵

⁶¹ ROCHA ALVIRA, Antonio, De la Prueba en Derecho, Clásicos Jurídicos Colombianos, Biblioteca Jurídica Diké, Bogotá, 1990, p. 67 y 68.

⁶² DEVIS ECHANDÍA, Hernando, Teoría General de la prueba judicial, tomo I, Ed. Temis, Bogotá, p. 200.

⁶³ La negación definida “corresponde a las que tienen por objeto la afirmación de hechos concretos, limitados en tiempo y lugar, que presuponen la existencia de otro hecho opuesto de igual naturaleza, el cual resulta afirmado implícita o indirectamente (...) Si las negaciones definidas equivalen al velo que oculta la afirmación del hecho positivo contrario, pero decisivo en la cuestión litigada, no es necesaria profunda reflexión para advertir que mal puede estar excusada su prueba; por tratarse de una negación apenas aparente o gramatical, el hecho contrario es susceptible de prueba y de ésta no puede prescindirse para el acogimiento de las súplicas de la demanda”: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL, Sentencia de 29 de enero de 1975, G.J. T. CLI, 1ª parte, num. 2392.

⁶⁴ “La imposibilidad de la prueba del hecho negativo indefinido, no deriva de su carácter negativo, sino de su carácter indefinido”: LESSONA; Carlos, Teoría General de la prueba civil, hijos de Reus, Madrid, 1906, p.239 citado por ROCHA, op. cit. p. 69

⁶⁵ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO ,SECCION TERCERA, Sentencia de 11 de mayo de 2006, Rad. AP-25000-23-26-000-2004-00896-02, Actor: Sergio Sánchez, Demandado: Municipio de Tabio, C. P. Ruth Stella Correa Palacio.

Carga de la prueba sustentada, como también ha precisado la Sala⁶⁶, en el principio de *autoresponsabilidad*⁶⁷ de las partes, que se constituye en requerimiento de conducta procesal facultativa predicable a quien le interesa sacar adelante sus pretensiones y evitar una decisión desfavorable⁶⁸. En efecto, a juicio de la jurisprudencia de esta Sección:

“Si bien el derecho procesal tiene la finalidad de ‘servir de instrumento necesario para la concreción y efectividad de las normas sustanciales’⁶⁹, la Constitución de 1991 ‘lo elevó a rango constitucional en su artículo 228, pues son las normas procesales probatorias de una especial relevancia ya que tal como se repite desde siempre y concreta el aforismo romano ‘Idem est non esse aut non probari’, igual a no probar es carecer del derecho, pues de poco sirve ser titular de una determinada relación jurídica u ostentar una precisa calidad de tal orden, si en caso de que se pretenda desconocer o discutir o sea necesario evidenciarla, no estamos en capacidad de acreditar esa titularidad ante quien nos la requiere, en cuestiones públicas o privadas’⁷⁰.

“Es así como una de las reglas técnicas del derecho probatorio es la de la carga de la prueba, la cual parte del supuesto de que ‘son los sujetos de derecho que intervienen en el proceso sobre los que gravita fundamentalmente el deber de procurar que las pruebas se practiquen o aporten y por eso que a su iniciativa para solicitarlas e interés para llevarlas a efecto se atiende de manera primordial. (...) El concepto de carga de la prueba es central para entender el porqué de ciertas decisiones judiciales, pues en aquellos eventos donde la ausencia de pruebas se presenta, no puede el juez abstenerse de decidir y es así como se impone un fallo en contra de quien tenía radicada la carga de la prueba’⁷¹. Es evidente que nadie mejor que el interesado para conocer los medios de prueba que deben emplear, con el fin de demostrar los hechos en que están fundamentando sus pretensiones.”⁷²

En el caso *sub lite* no se reúnen los presupuestos de la segunda parte del inciso artículo 30 de la ley 472 antes reseñados y por lo mismo el actor popular debía

⁶⁶ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Sentencia de abril 16 de 2007, Rad. AP-44001-23-31-000-2005-00483-01, Actor: Carmen Alicia Barliza Rosado Y Otros, Demandado: Ministerio de Desarrollo Económico y Otros, C. P.: Ruth Stella Correa Palacio

⁶⁷ PARRA QUIJANO Jairo, Manual de Derecho Probatorio, Librería Ediciones del Profesional, 2004, p. 242.

⁶⁸BETANCUR JARAMILLO, Carlos, De la Prueba Judicial, Ed. Dike.1982, pág 147.

⁶⁹ “LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio, *Procedimiento Civil Pruebas*, Tomo III, DUPRE Editores, Bogotá D. C. 2001, Pág. 15.”

⁷⁰ “Ibídem.”

⁷¹ “Op. Cit. Pág. 26.”

⁷² CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 24 de marzo de 2004, Radicación número: 44001-23-31-000-2003-0166-01 (AP), C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

acreditar las imputaciones consignadas en su escrito de demanda, sin que fuera admisible a que el juez impartiera unas órdenes tendientes a suplir su inactividad en materia probatoria⁷³.

6.2. Patrimonio Público

En cuanto al derecho colectivo al patrimonio público, este concepto no se agota en la enumeración de los bienes inembargables, imprescriptibles e inalienables ni en los que integran el territorio colombiano (arts. 63 y 101 C.P.), sino que *“por patrimonio público debe entenderse la totalidad de bienes, derechos y obligaciones de los que el Estado es propietario, que sirven para el cumplimiento de sus atribuciones conforme a la legislación positiva; su protección busca que los recursos del Estado sean administrados de manera eficiente y responsable, conforme lo disponen las normas presupuestales”*.⁷⁴

Además, ha señalado esta Sala que aunque *“pueda imaginarse un daño a la moralidad administrativa aislado de sus consecuencias..., en la práctica, es difícil concebir un evento en que la administración se separe de los imperativos del principio de la moralidad sin afectar otros derechos colectivos como el de la defensa del patrimonio público, el de la libre competencia económica, el de la seguridad pública o el de la prevención de desastres técnicamente previsibles, entre otros”*⁷⁵.

⁷³ En sentido idéntico vid. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Sentencia de 17 de mayo de 2007, Radicación número: AP-76001-23-31-000-2005-03932-01, Actor: Ángel Darío Jiménez C. Demandado: EMCALI E.I.C.E. E.S.P. y otro, C. P. Ruth Stella Correa Palacio.

⁷⁴ Sentencia de la SECCIÓN CUARTA del 31 de mayo de 2002, exp: 25000-23-24-000-1999-9001-01.

⁷⁵ Sentencia, Sección Tercera, del 17 de junio de 2001, exp: Ap- 166.

Aunque el derecho o interés colectivo a la moralidad administrativa no se encuentra definido en la ley 472 de 1998, en los antecedentes de la ley al precisar como derecho colectivo “la moralidad administrativa y la prevención de cualquier práctica corrupta por parte de los servidores públicos”, se dio la siguiente definición: “Se entenderá por moralidad, administrativa el derecho que tiene la comunidad a que el patrimonio público sea manejado de acuerdo a la legislación vigente, con la diligencia y cuidados propios de un buen funcionario” (Cfr. Gaceta del Congreso No. 277 de septiembre 5 de 1995, pág. 1).

Sobre este aspecto, en la sentencia de la Sección Cuarta del 20 de abril de 2000, exp: AP-52, se dijo que “la moralidad administrativa persigue, entre otros objetivos, el manejo adecuado del erario público y en general que los funcionarios públicos asuman un comportamiento ético frente al mismo, pues los servidores públicos pueden incurrir en conductas que la generalidad tacharía de inmorales, o en otras que podrían ser sancionadas disciplinaria o penalmente”.

Frente a la violación de este derecho, la Sala encuentra que el comportamiento desplegado por las entidades accionadas durante el proceso de selección del operador especializado, como en la celebración misma del contrato no se observa afectación al patrimonio público, por el contrario se advierte en todas el propósito unívoco de aportar ingentes recursos (tanto nacionales como territoriales) en orden a mejorar sustancialmente la disponibilidad del recurso hídrico en la isla de San Andrés. Tampoco en este caso, obra prueba alguna en sentido contrario.

En conclusión, no se configuró vulneración del patrimonio público ni a la moralidad administrativa, en cabeza de las entidades demandadas, toda vez que no se demostró dentro del proceso circunstancia o anomalía que permita establecer que se configuró un detrimento patrimonial de los recursos del Estado, y menos aún se vislumbra un comportamiento lesivo por parte de funcionario alguno, en relación con una desviación de los recursos en perjuicio de los bienes estatales.

6.3. Los derechos de los consumidores y usuarios

En consonancia con los mandatos constitucionales (arts. 78, 150.21 y 333)⁷⁶, el ordinal n) del artículo 4º de la ley 472 previó dentro de los intereses colectivos pasibles de la acción popular a los derechos del consumidor, lo cual no reviste novedad alguna, como que el derecho nacional con anterioridad a la expedición de la Carta de 1991, ya preveía instrumentos (en su mayoría hoy vigentes aún) de protección del usuario. A este propósito ha sostenido esta Corporación:

“De otro lado, el decreto ley 3466 de 1982⁷⁷ del denominado *Estatuto del Consumidor* no se limitó a regular las relaciones

⁷⁶ En los debates de la ANAC se indicó al respecto: “Cuando la competencia económica no es libre o es desleal o injusta se produce un daño que afecta no sólo a determinados productores de bienes y servicios o a los consumidores respectivos, sino también al conjunto de la colectividad. Por el contrario, cuando la competencia no adolece de estas fallas, es decir, cuando es libre, leal y justa, el mercado, mediante la acción de las fuerzas de la oferta y la demanda, se torna eficiente y provee grandes beneficios a la comunidad.

‘En consecuencia, el derecho a la libre competencia económica no lo es solamente de quienes concurren al mercado con calidad de productores de bienes y servicios, sino que constituye un derecho esencial de los consumidores y usuarios (por cuanto de no existir la competencia económica estarían sometidos al ejercicio del poder monopólico o al abuso de posición dominante en términos del costo o de la calidad de los bienes y servicios que consumen o utilizan) y, más aún, de la colectividad toda, como quiera que toda la comunidad se beneficia de la operación de un sistema económico competitivo y eficiente’(Vid. PERRY RUBIO, Guillermo. Estado y sector privado en la Constitución de 1991, en Constitución Económica Colombiana, Compilador Marco Antonio Velilla, Bibliotheca Millennio, Colección Derecho Económico y de los Negocios, El Navegante Editores, 1ª edición, Bogotá, 1996, p. 128).

⁷⁷ “Por el cual se dictan normas relativas a la idoneidad, la calidad, las garantías, las marcas, las leyendas, las propagandas y la fijación pública de precios de bienes y servicios, la responsabilidad de sus productores, expendedores

individuales de consumo sino que a la par previó una serie de preceptos para la tutela colectiva del consumidor, bajo el entendido de que estos derechos ostentan el carácter de intereses colectivos. Así el artículo 29 del decreto en cita reguló el procedimiento para asegurar la efectividad de las garantías; a su turno el artículo 36 previó la posibilidad de que el demandante fuera representado por ligas de consumidores o usuarios y de que las decisiones tuvieran efectos *ultra partes*, lo que configura a juicio de la doctrina un punto de partida hacia la protección procesal de los intereses colectivos, aunque más próximo a las *class action* del derecho norteamericano⁷⁸; por último el artículo 40 también consignó reglas sobre la responsabilidad e indemnización de perjuicios por contratos de prestación de servicios que exigen la entrega de un bien.^{79(...)}⁸⁰.

Los intereses colectivos de los consumidores y usuarios guardan una relación de interdependencia con el también derecho colectivo a la libre competencia económica (ordinal i) del citado artículo 4º de la ley 472), como que no es más que la otra cara de la misma moneda. En efecto, la libre concurrencia ha sido perfilada fundamentalmente en favor del consumidor final, para que éste reciba sus beneficios en especial en cuanto a calidad y precio, como parte frágil de esta relación negocial, que las más de las veces reviste la modalidad de contratos de adhesión o también conocidos como de “*condiciones uniformes*”. Posición de subordinación, inferioridad, desequilibrio o “*asimetría real*” que torna imperativa la intervención del Estado en el derecho del consumo. Así se puso de presente en la propia Constituyente:

“Tradicionalmente los consumidores y usuarios han tenido una condición de inferioridad manifiesta ante los productores y comerciantes.

“Frente a esta situación de debilidad, el artículo que recomendamos consagra expresamente la intervención del poder público a favor de los consumidores y usuarios para hacer efectivos sus derechos a la salud, seguridad, información, libre elección, adecuado aprovisionamiento y para protegerlos también contra todo indebido aprovechamiento de sus condiciones de indefensión o subordinación.

y proveedores, y se dictan otras disposiciones”, expedido al amparo de las facultades extraordinarias concedidas por la Ley 73 de 1981 y publicado en DIARIO OFICIAL No. 33.559, de 3 de diciembre de 1982.

⁷⁸ BEJARANO GUZMÁN, Ramiro, Procesos Declarativos, Ed. Temis, Tercera Edición, Bogotá, 2005, p. 171.

⁷⁹ Sobre la aplicación de estos preceptos a la luz de la ley 446 de 1998 ver el Concepto 61624 de la Superintendencia de Industria y Comercio, disponible en www.sic.gov.co

⁸⁰ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Sentencia de 16 de abril de 2007, Radicación número: AP-05001-23-31-000-2004-03831-01, Actor: Edwin Alberto Bermúdez Barbarán, Demandado: Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburra-ETMVA y otros, C. P. Ruth Stella Correa Palacio.

“Al elevar la protección de los consumidores y usuarios a nivel constitucional se pretende dotar al legislador de un sólido fundamento para crear nuevos instrumentos que amplíen el universo propio de su defensa en el ordenamiento nacional.

(...) El texto recomendado establece, por otra parte, que la ley regulará el control de la calidad de los bienes y servicios. Se consagra así un fundamento jurídico para obligar al productor o comerciante a verificar el estado de sus productos, excluir los de mala calidad y afrontar las responsabilidades que de ello se deriven para el consumidor o usuario. Este tema reviste gran importancia, además, por su incidencia en la competitividad de los productores colombianos en el mercado internacional. ”⁸¹

Con esta óptica la Sala tiene determinado en sede popular que la tutela colectiva de los intereses difusos del consumidor configura un capítulo relevante de nuestro modelo económico constitucional, como expresión nítida del constitucionalismo social (Aragón):

“Los derechos de los consumidores y usuarios⁸² (...) también tienen en las acciones populares un mecanismo colectivo para su defensa, en el marco de la Constitución Económica,⁸³ como límite a la libertad económica⁸⁴. En efecto, la Constitución señala con claridad que la libre competencia es un derecho de todos que supone responsabilidades (inc. 2 art. 333 C.N.), al tiempo que prescribe que, por mandato legal, el Estado impedirá que se obstruya o restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso de las personas o empresas que hagan de su posición dominante en el mercado nacional (inciso 4 art. 333 y num. 21 art. 150 C.N.).

“De modo que la protección constitucional de la libertad económica se hace no sólo a favor de los agentes económicos para que

⁸¹ ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Informe de ponencia sobre derechos colectivos, Ponentes Iván Marulanda y otros, en Gaceta Constitucional No. 46, Bogotá, lunes 15 de abril de 1991, Pág. 23.

⁸² Un completo estudio sobre el tema se encuentra en IBAÑEZ NAJAR, Jorge Enrique, Los derechos de los consumidores y usuarios, fundamentos constitucionales y desarrollo legal, en Política y Derecho de Consumo, Bibliotheca Millennium, Colección Derecho Económico y de los Negocios, El Navegante Editores, Bogotá, Colombia, primera edición julio de 1998, Pág. 59 a 133.

⁸³ Sobre la noción de Constitución Económica Cfr. ARIÑO ORTIZ, Gaspar y otros. Principios de Derecho Público Económico, Universidad Externado de Colombia, Lección Cuarta: La constitución económica, Coedición Fundación de Estudios de Regulación, Madrid, Bogotá, 2003 y BREWER CARÍAS, Alan. Reflexiones sobre la constitución económica, en Estudios sobre la Constitución Española, Civitas, Madrid, 1991, tomo V, Pág. 3840-3854

⁸⁴ A juicio de la doctrina el derecho a la libertad económica tiene un doble contenido: la libertad de empresa y la libertad de competencia económica, vid. ANGARITA BARÓN, Ciro. La libertad económica en la jurisprudencia de la Corte Constitucional: Aproximación fugaz, en Constitución Económica Colombiana, Bibliotheca Millennium, Colección Derecho Económico y de los Negocios, El Navegante Editores, Primera edición, Bogotá, Julio 1996, Págs. 165 a 182.

puedan acceder en un mercado en libre competencia⁸⁵, sino - principalmente- en favor del consumidor, quien se beneficia en últimas de la competencia⁸⁶, la cual le permite escoger libremente los bienes o servicios ofrecidos según sus preferencias de calidad y precio⁸⁷.

“(…) La intervención económica del Estado (art. 334 C.P.) se exige, pues, no sólo en beneficio de quienes participan directamente en la competencia ‘en’ o ‘por’ el mercado, sino justamente a favor de la parte más débil⁸⁸, el usuario, quien en ese escenario de las leyes de oferta y demanda en el que se desarrollan las relaciones de consumo, se encuentra en una posición de evidente subordinación, desventaja e inferioridad que exige una tutela especial por parte del Estado Social (art. 13 inc. 2 C. N.) (…)

“Esa desigual relación agente económico y el consumidor, última cadena del eslabón del mercado, explica -por ejemplo- que la razón de ser del Estatuto de Protección del Consumidor (Decreto 3.466 de 1982), a juicio de la Corte Constitucional, *‘estriba en la necesidad de compensar con medidas de distinto orden la posición de inferioridad con que consumidores y usuarios, por lo general dispersos y dotados de escasos conocimientos y potencialidades, enfrentan a las fuerzas de producción y comercialización de bienes y servicios, necesarios en orden a la satisfacción de sus necesidades materiales’*⁸⁹.

“Dada esta asimetría real, el artículo 78 de la Carta Política, fuente constitucional directa del derecho del consumo, se constituye en un límite claro al artículo 334 citado, como una especial protección a la parte frágil de las relaciones de mercado dada su posición de inferioridad. (…)

“Como se dijo anteriormente, el modelo económico constitucional colombiano dedica especial atención a los derechos de los consumidores en virtud de su situación indiscutible de desventaja en un esquema de libre competencia económica. El derecho del consumo viene a ser, de esta suerte, una expresión del

⁸⁵ Cfr. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, Informe de ponencia sobre el régimen económico, libertad de empresa, competencia económica, monopolios e intervención del Estado, Ponentes Iván Marulanda, Guillermo Perry, Jaime Benítez, Angelino Garzón, Tulio Cuevas y Guillermo Guerrero en Gaceta Constitucional No. 46, Bogotá, lunes 15 de abril de 1991, Págs. 7 a 12.

⁸⁶ “...existe no solo un derecho a competir cuyo titular es el empresario, sino un derecho cuyos titulares son todos los consumidores de bienes y servicios” PALACIOS MEJÍA, Hugo, Op. Cit. Pág. 168.

⁸⁷ Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencias C 176 de 1996 M.P. Alejandro Martínez Caballero y C 535 de 1997 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁸⁸ El reconocimiento de esa posición de inferioridad o subordinación en el mercado es un tema fuera de discusión entre los expertos en derecho del consumo. Vid. REICH, Norbert, Mercado y Derecho, Editorial Ariel S.A., primera edición, Barcelona, 1985; BANDO CASADO, Honorio-Carlos, Planteamientos básicos sobre la defensa del consumidor, Instituto Nacional del Consumo, Segunda edición, Madrid, 1986. Criterio también asumido por nuestra Constitución (ver supra) y la jurisprudencia constitucional, ver CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 1141 de 2000, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁸⁹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 1141 de 2000, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

constitucionalismo social⁹⁰ que impregna la Carta de 1991, en la medida en que el rol de intervención económica a cargo del Estado, como director general de la economía (art. 334 C.N.), exige de éste una acción protectora a favor de los consumidores.”⁹¹

Protección frente a eventuales ejercicios abusivos de la libertad económica, que reviste simultáneamente la modalidad individual y la colectiva como señalan doctrinantes como Stiglitz⁹² y también precisa nuestra jurisprudencia:

“Esa protección del usuario impone una defensa a la vez individual y colectiva, con mecanismos jurídicos de protección diversos, pero no excluyentes. En otras palabras, la existencia de instrumentos legales de tutela individual de los derechos del usuario en nada impide que éste acuda a instrumentos colectivos para su defensa, como son justamente las acciones populares⁹³.

“(…) Y esos instrumentos jurídicos de protección revisten dos modalidades, por una parte, aquellos enderezados a la defensa individual y, por otra, los creados para su tutela colectiva, dada la doble naturaleza (individual y colectiva) de dichos derechos. Es desde esta perspectiva, que en el mismo nivel constitucional se previeron las acciones populares y de grupo (art. 88 C.N.).”⁹⁴

Sin embargo, constitucional y legalmente la protección del consumidor de los servicios públicos domiciliarios reviste un carácter especial o singular que lo hace un capítulo separado de la protección del consumidor en general y por lo mismo su defensa pasa fundamentalmente por las reglas particulares previstas en las leyes

⁹⁰ Vid. ARAGÓN REYES, Manuel. Constitución y modelo económico en VVAA Homenaje a Carlos Restrepo Piedrahita, Simposio Internacional sobre Derecho del Estado, Tomo II, Universidad Externado de Colombia, Pág. 377-397

⁹¹ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 10 de febrero de 2005, Radicación número: 25000-23-25-000-2003-00254-01, Actor: Exenober Hernández Romero, Referencia: AP – 00254 Acción Popular, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

⁹² “...aparece incuestionable el carácter colectivo o difuso de los intereses de los consumidores, sin perjuicio del derecho individual que en ocasiones, cualquiera de ellos puede detentar (...)...Atendiendo entonces, que los intereses amenazados o afectados de los consumidores, habitualmente revisten esa naturaleza, supraindividual, (colectivos o difusos), es lógico que las normas de defensa del consumidor han de aportar soluciones colectivas o grupales” (STIGLITZ, Gabriel, Las acciones colectivas en protección del consumidor, en Acciones Populares y de grupo, nuevas herramientas para ejercer los derechos colectivos y del ambiente, Ediciones Jurídica Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1996, p. 85 y ss.)

⁹³ “...la defensa de la libertad económica y del régimen competitivo de los mercados no solamente ha de ser una responsabilidad central del Estado, como lo ordena el inciso 4º del artículo 333, sino un asunto que compete a la propia comunidad a través del ejercicio de las acciones populares” ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, Informe de ponencia sobre los derechos colectivos presentado por Guillermo Perry Rubio, citado en PERRY RUBIO, Guillermo, Op. Cit. Pág. 129.

⁹⁴ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 10 de febrero de 2005, Radicación número: 25000-23-25-000-2003-00254-01, Actor: Exenober Hernández Romero, Referencia: AP – 00254 Acción Popular, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

142 y 143 de 1994 y en la ley 689 de 2001, que tienen por fuente constitucional el capítulo V del Título XII, de la Constitución Económica, en tanto constituyen un verdadero “*Estatuto especial del consumidor de los servicios públicos domiciliarios*”, y no las generales de los artículos 78, 333 y 334 Superiores, y a sus respectivos desarrollos legales, preceptos a los cuales sólo es menester recurrir en ausencia de regulación de aquellos:

“[L]a Constitución Política de 1991 dedicó un apartado especial a los derechos de los consumidores y remitió a la ley la regulación de aspectos relacionados con la calidad de los bienes, la información que se suministre al público, y la forma de participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de disposiciones que les conciernen (art. 78 C.N.). Sin embargo, de todos los consumidores de bienes y servicios, únicamente a los de la especie ‘servicios públicos domiciliarios’ se les dio un tratamiento singular con rango constitucional. En efecto, (...)el artículo 369 de la Constitución Política dispuso que la ley determinará su régimen de derechos y protección (...) En tratándose de los servicios públicos domiciliarios el derecho a la competencia y el derecho del consumo son también las dos caras de una misma moneda, moneda cuyo equilibrio corresponde garantizar al Estado.

“La ley 142 de 1994 es una ley de intervención económica -como también lo es la ley 143 o ley eléctrica- con orientación a la protección del usuario, es un verdadero **estatuto** del usuario. De los nueve fines de la intervención del Estado en los servicios públicos -que señala el artículo 2º de la ley 142- ocho van dirigidos a la protección del usuario. Por manera que el régimen de los servicios públicos domiciliarios comprende no sólo un estatuto propio de protección o defensa del usuario frente al mercado como los demás sectores - libertad de competencia, no utilización abusiva de la posición dominante, prohibición de prácticas restrictivas, prohibición de monopolios- sino que además establece a favor del usuario todo un catálogo de disposiciones de protección, ya no frente al mercado, sino frente a la empresa que le presta el servicio (...)”⁹⁵

En la misma línea la jurisprudencia de esta Sección de tiempo atrás ha estimado que:

“(...) A su vez, el artículo 369 ibídem encomienda también al Congreso la determinación de los derechos y deberes de los usuarios de servicios públicos domiciliarios así como su régimen de protección. Fue justamente con base en esta preceptiva

⁹⁵ “*Del carácter singular del derecho de la competencia en los servicios públicos domiciliarios*”, en Contexto, Revista de Derecho y Economía, No. 13, abril de 2002, Universidad Externado de Colombia, p. 22 y ss.

En sentido similar ver PALACIOS MEJÍA, Hugo, “*La Constitución y la especialización de las funciones de protección a la competencia en materia de servicios públicos*”, en Contexto, Revista de Derecho y Economía, No. 21, primer cuatrimestre 2007, Universidad Externado de Colombia p. 39 y ss.

constitucional que la ley 142 de 1994 previó todo un estatuto del usuario⁹⁶ dentro de cuyos múltiples instrumentos contiene el de la defensa individual del consumidor en sede de la empresa: el derecho de petición, los recursos de reposición y apelación ante la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (arts. 152 a 159)⁹⁷, a la par que institucionalizó la figura del silencio administrativo positivo⁹⁸, mecanismos todos ellos que tienen por objeto la protección individual o particular de un usuario determinado.

“En tal virtud, no le asiste razón al demandante cuando sostiene que la acción popular no es el instrumento indicado para la defensa de los derechos de los consumidores de servicios públicos cuando se presenten deficiencias en la prestación de los mismos. A más de que expresamente la ley 472 de 1998 dispuso, en el artículo 10, que ‘Cuando el derecho o interés colectivo se vea amenazado o vulnerado por la actividad de la Administración, **no será necesario interponer previamente los recursos administrativos como requisito para intentar la acción popular**’ ”.⁹⁹

Síguese de todo lo anterior que cuando quiera que se trate de pretensiones populares relativas a servicios públicos domiciliarios como el acueducto y el alcantarillado, habrá de estarse fundamentalmente a las reglas particulares del consumo previstas en el régimen legal de los servicios públicos domiciliarios¹⁰⁰, y sólo por excepción será menester acudir a las reglas generales previstas para los demás sectores económicos. De allí que este derecho invocado por el actor, se analizará en el siguiente apartado bajo la figura del derecho colectivo al acceso a los servicios públicos, como una subespecie del género “*derechos de los consumidores y usuarios*”.

⁹⁶ Vid. Del carácter singular del derecho de la competencia en los servicios públicos domiciliarios, en SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS, Servicios Públicos Domiciliarios-Actualidad Jurídica, Tomo IV, Bogotá, Imprenta Nacional, primera edición, 2001, Pág. 120 y ss.

⁹⁷ Vid. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 263 de 1996, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

⁹⁸ Cfr. Concepto SSPD 20011300000125 en SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS, Servicios Públicos Domiciliarios-Actualidad Jurídica, Tomo IV, Bogotá, Imprenta Nacional, primera edición, 2001, Pág. 210 y ss.

⁹⁹ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 10 de febrero de 2005, Radicación número: 25000-23-25-000-2003-00254-01, Actor: Exenober Hernández Romero, Referencia: AP – 00254 Acción Popular, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

¹⁰⁰ El Estatuto Nacional del Usuario (Decreto 1842 de 1991) no está vigente tal y como lo ha indicado por vía de doctrina la Superintendencia de Servicios públicos en Concepto SSPD 2001300000269, publicado en SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS, Servicios públicos domiciliarios-Actualidad Jurídica Tomo IV, Imprenta Nacional, Bogotá, 2001, p. 197 y ss. Criterio adoptado por la Sala al indicar que “teniendo en cuenta que la ley 142 es posterior al decreto 1842 de 1991, que se trata de una ley que regula de manera general las actividades relacionadas con los servicios públicos domiciliarios, el decreto 1842 no está vigente, sus preceptos quedaron insubsistentes, tal como lo dispone la regla mencionada, salvo aquellos que fueron incorporados en la ley 142, por supuesto”: CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 14 de junio de 2001, Exp. AP 2009, C.P. Alier Hernández Enríquez.

6.4 Acceso a una infraestructura de los servicios que garantice la salubridad y acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna

Aunque se trata de dos intereses colectivo autónomos e independientes, toda vez que están previstos por separado en dos ordinales diferentes por el artículo 4º de la ley 472 -el h) prevé el acceso a una infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública y el n) los derechos consumidores y usuarios- la Sala los tratará en forma simultánea toda vez que en este evento responden a una misma situación en tanto la pretendida infracción del primero acarrea la vulneración del segundo, en una suerte de relación *causa-efecto*.

Es importante advertir que de acuerdo con el Documento CONPES 3350 de 18 de abril de 2005, *“Empresa de acueducto y alcantarillado de San Andrés: Proyecto de importancia estratégica para el país en el marco del programa de modernización empresarial del sector”*¹⁰¹, el Consejo Nacional de Política Económica y Social-CONPES declaró de importancia estratégica la promoción de la participación del sector privado en la operación en el Departamento Archipiélago.

Este documento sigue los lineamientos de política trazados al efecto en el Documento CONPES 2775 de 1995¹⁰², en especial en el Documento CONPES 2912 de 1997¹⁰³, que autorizó la creación del Programa de Modernización Empresarial-PME como parte de la estrategia para promover la participación privada en el sector de agua potable y saneamiento básico, en el documento CONPES 3253 que, a su turno, declaró de importancia estratégica el Programa de Modernización Empresarial en el Sector de Agua Potable y Saneamiento Básico, así como los proyectos que se ejecutan en el marco del mismo.

Ahora, el documento CONPES 3350 de 2005 citado, enfatiza -como también lo hace la prueba documental acopiada en este proceso- la grave situación que atravesaba la prestación del servicio de acueducto en la isla:

¹⁰¹ Disponible en www.dnp.gov.co

¹⁰² “Participación del sector privado en infraestructura física” de abril 26 de 1995.

¹⁰³ “La participación privada en agua potable y saneamiento básico-Política y estrategia, de marzo 12 de 1997.

“La prestación de los servicios de acueducto y alcantarillado en la isla de San Andrés presenta serias deficiencias de cobertura y calidad. Se identifican dos causas fundamentales de dichas deficiencias que son recurrentes en otros municipios del país: (i) la falta de autonomía de los prestadores de servicios, y (ii) el fraccionamiento de los recursos por vigencias presupuestales que no permiten acometer planes de inversión integrales por falta de una planeación financiera de mediano y largo plazo. La atomización de los recursos deriva en un ciclo de baja eficiencia caracterizado por tarifas reducidas, estructuras de costos crecientes, bajos recaudos, inversión escasa e ineficiente, pobre mantenimiento y deficiente calidad de los servicios.

“La población de la isla es 57.000 habitantes, con un potencial de 13.650 suscriptores aproximadamente, frente a los 3.700 en acueducto y 1.100 en alcantarillado, que son facturados en la actualidad. La cobertura aproximada de acueducto es de 27% y la de alcantarillado de 7%. El recaudo no cubre los costos operacionales, las tarifas no cumplen con la normatividad vigente en la materia y no existe la infraestructura adecuada para realizar micromedición y macromedición. La baja confiabilidad del suministro, reflejada en razonamientos (sic) prolongados¹⁰⁴, es cada vez más crítica debido al crecimiento de la población, la afluencia de turismo, las limitaciones de la oferta de aguas subterráneas y los altos costos asociados al aprovechamiento de agua salina. En consecuencia, los usuarios recurren a fuentes alternativas de alto costo de suministro, como la compra de agua envasada o a proveedores particulares que obtienen el agua de pozos subterráneos y la distribuyen sin ningún control de calidad a través de carrotanques.

“La oferta formal proviene de tres fuentes principales: aguas subterráneas, aguas marinas y aguas lluvias. En la isla existen 17 pozos con concesiones vigentes de los cuales 8 están en funcionamiento; se cuenta con una planta desalinizador para tratar el agua salada que está fuera de servicio; las aguas lluvias se captan sin tratamiento alguno a través de los tejados y canales, y son almacenadas por los habitantes de manera individual o colectiva.

“En 1996 se construyó una planta de tratamiento de aguas residuales que no cuenta con licencia ambiental para su funcionamiento, debido a que la Corporación para el Desarrollo Sostenible del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina-CORALINA ha considerado que no es adecuada¹⁰⁵, de acuerdo con las características de las aguas residuales domésticas de San Andrés. De acuerdo con el diagnóstico disponible, se requiere un tratamiento de menor nivel previo al vertimiento a través del emisario submarino”.

¹⁰⁴ La población recibe el servicio de agua potable cada 18 días en verano y cada 12 días en invierno durante 3 horas.

¹⁰⁵ Concepto compartido por la consultoría contratada por la SSPD [Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios] en 2002 con Santiago Restrepo.

Según este mismo documento CONPES el proceso de vinculación de un operador especializado para la isla de San Andrés, que estructuró y puso en funcionamiento la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios tenía que enmarcarse en lo dispuesto por el artículo 8º de la ley 812 de 2003, Plan Nacional de Desarrollo entonces vigente, que previó el Programa de Modernización Empresarial.

Asimismo, de acuerdo con el citado documento CONPES 3350 de 2005 para apoyar la inversión en infraestructura, se aseguraron \$16.385 millones de pesos, provenientes de aportes de la Nación y de las transferencias que recibe el Departamento a través del Sistema General de Participaciones-SGP de que trata la ley 715 de 2001. Conforme a este documento:

“La SSPD inicialmente estructuró un esquema de operador con inversión; sin embargo, las condiciones de incertidumbre institucional y comercial en este mercado, expuestas por los interesados que adquirieron el Documento de Condiciones frente a la SSPD, obligan a la modificación del esquema para pasar a uno de operador-constructor y a prorrogar el término para la presentación de propuestas. Para cubrir el valor de las inversiones que se habían previsto por parte del operador bajo el esquema inicial, se requiere la asignación en la vigencia fiscal de 2007 de recursos adicionales por un monto de \$5.000 millones de pesos, de forma que se garantice la viabilidad financiera del proceso.”

También el documento CONPES 3350 de 2005 advierte que el objeto central del esquema de operación planteado para la isla era “incrementar los niveles de cobertura y calidad de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado, mediante la vinculación de un operador especializado que preste los servicios bajo un esquema de gestión empresarial eficiente”.

En cuanto a las metas y expectativas de este esquema de operación en San Andrés, el documento CONPES 3350 de 2005 en comentario anotó:

“Pasar del 27% a mínimo el 75% de cobertura de acueducto en el año 5 de operación.
(...) Continuidad del servicio de 24 horas a partir del mes 48 de operación como máximo.
Capacidad mínima disponible de producción de agua en el año 4 de 86 l/s. Las metas contractuales se alcanzarán en los primeros 6 años, debido a que los recursos de inversión serán ejecutados en su mayoría en este período”

Ahora bien, como ya se indicó, conforme al material probatorio la Sala estableció que ante el grave incumplimiento del régimen jurídico aplicable a los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios hizo uso -previo el adelantamiento del proceso administrativo sancionatorio respectivo- del instrumento de intervención económica de que trata el numeral 6.4 del artículo 6º de la ley 142, con el objeto de sustituir al Departamento Archipiélago de San Andrés como prestador directo de dichos servicios públicos, en tanto que la situación comprometía seriamente la calidad y continuidad de los mismos.

Dicha intervención por parte del ente de control no sólo se justificaba, sino que se imponía, según da cuenta también toda la prueba acopiada, en tanto justamente la infraestructura de los servicios de acueducto acusaba múltiples deficiencias de orden técnico que -como señalaron los distintos estudios arriba reseñados- comprometían la calidad, continuidad y confiabilidad en el suministro del agua, o lo que es igual, vulneraban los derechos de los consumidores y usuarios de la isla de San Andrés en cuanto al acceso y prestación eficiente y oportuna de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado.

En otros términos, las pruebas ponen de relieve que en orden a mejorar los indicadores de calidad, continuidad y cobertura del servicio de acueducto y alcantarillado en el Departamento Archipiélago de San Andrés, era menester un plan mínimo de inversiones, con la participación de diversas fuentes de financiación, provenientes tanto de la Nación Colombiana como del Departamento Archipiélago de San Andrés.

Y aunque está acreditado que el documento de condiciones, que sirvió de base para seleccionar el nuevo operador del servicio en la isla de San Andrés, sufrió varias modificaciones a través de distintas adendas por parte de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, en particular en cuanto a los compromisos del operador en ciertos sectores de la isla, a partir del mes 36 de operación, lo cierto es que las mismas pruebas revelan compromisos contractuales del nuevo operador en cuanto a disponibilidad en el suministro de agua potable para todos los sectores de la isla, en orden a satisfacer un consumo básico hasta de 8 metros cúbicos de los usuarios del servicio.

Es así como tanto el contrato de operación, como el contrato de supervisión y el documento de condiciones, establecen obligaciones a cargo del operador de gradual aumento, en los 15 años de operación, en cuanto a la capacidad disponible de producción de agua potable; a la vinculación y regularización gradual de los usuarios del servicio, en orden a ampliar significativamente la cobertura; a la verificación de la continuidad de la prestación a través de instrumentos de medida. Ahora, del cumplimiento de estas metas contractuales dependerá que efectivamente los derechos colectivos al acceso a la infraestructura de servicios que garantice la salubridad pública y consecuentemente el acceso a los servicios públicos y a que su prestación sea eficiente y oportuna, sean efectivamente protegidos. Pero este asunto escapa, como ya se indicó, al objeto de este proceso popular.

De cuanto antecede la Sala concluye que las medidas adoptadas tienden a mejorar gradualmente la prestación y así dejar atrás los pésimos indicadores de gestión que todos los estudios revelaron, o lo que es igual, tal y como señala el inciso 3º del numeral 6.4 del artículo 6º de la ley 142 y sus decretos reglamentarios, la medida de intervención adoptada no entraña violación de los derechos de los consumidores de servicios públicos de acueducto y alcantarillado y, por el contrario, se ejerce en defensa de los usuarios y para proteger la salud y bienestar de la comunidad. Correspondía al actor popular demostrar que ello no fue así en el caso *sub lite*, sin que bastase -como en efecto lo hizo- con imputar un cargo a partir de la modificación de uno de los documentos soportes del proceso de selección del operador especializado para el Departamento Archipiélago de San Andrés (art. 30 ley 472)¹⁰⁶.

Conforme a lo anterior, habrá de confirmarse la providencia recurrida en cuanto negó las pretensiones formuladas.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, actuando en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

¹⁰⁶ Cfr. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Sentencia de 11 de mayo de 2006, Rad. AP-25000-23-26-000-2004-00896-02, Actor: Sergio Sánchez, Demandado: Municipio de Tabio, C. P. Ruth Stella Correa Palacio y CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Sentencia de 17 de mayo de 2007, Radicación número: AP-76001-23-31-000-2005-03932-01, Actor: Ángel Darío Jiménez C. Demandado: EMCALI E.I.C.E. E.S.P. y otro, C. P. Ruth Stella Correa Palacio.

FALLA:

CONFÍRMASE la sentencia apelada, esto es, aquella dictada por el Tribunal Administrativo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina el 31 de agosto de 2006.

REMÍTASE por Secretaría a la Defensoría del Pueblo, copia del presente fallo, para que sea incluido en el Registro Público Centralizado de Acciones Populares y de Grupo previsto en el artículo 80 de la ley 472 de 1998.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUELVASE

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ
Presidente de la Sala

RUTH STELLA CORREA PALACIO

ENRIQUE GIL BOTERO

RAMIRO SAAVEDRA BECERRA