

El Control Fiscal Sobre los Recursos Excedentarios de Tarifas del Servicio de
Aseo, Bajo Esquemas de Áreas de Servicio Exclusivo

Trabajo de grado para optar por el título de Magister en Derecho Público para la
Gestión Administrativa

Jose Alfonso Ternera Boneth

Antonio Alejandro Barreto

Abogado

Universidad de los Andes

Facultad de Derecho

Maestría en Derecho Público para la Gestión Administrativa

Bogotá D.C.

17/11/2017

TABLA DE CONTENIDO

Resumen	
Justificación	
Objetivos	
Introducción	
1. Antecedentes Servicios Públicos	9
1.1. Servicios Públicos en Colombia a Partir de la Reforma de 1936	9
1.2. Servicios Públicos a Partir de la Constitución Política de 1991	11
2. Servicio Público Domiciliario de Aseo	14
2.1. Régimen Legal General del Servicio Público de Aseo	15
2.2. Esquemas de Prestación del Servicio Público de Aseo	18
2.2.1. Esquema de Libre Competencia y Concurrencia de Prestadores	19
2.2.2. Áreas de Servicio Exclusivo-ASE	20
2.2.3. Tarifas del Servicio Público de Aseo	23
2.2.3.1. Regulación y Libertad de Tarifas	26
2.2.3.2. Recursos Excedentarios de Tarifas-Esquemas Áreas de Servicios Exclusivo-ASE	28
2.2.3.3. Caso Bogotá-Licitación 001 de 2002	33
3. Regulación Control y Vigilancia del Servicio Público De Aseo	36
3.1. Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico-CRA	38
3.2. Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios	39
4. El Control Fiscal Como Mecanismo Idóneo Para Vigilar la Administración de los Recursos Excedentarios de Tarifas del Servicio Público de Aseo, Bajo Esquemas de Áreas de Servicio Exclusivo-ASE	41
4.1. Contralorías y Control Fiscal	43
4.2. Pronunciamientos Judiciales	45
5. Conclusiones	50
Bibliografía	53
Anexo	58

RESUMEN

Las tarifas del servicio público domiciliario de aseo corresponden al valor que pagan los usuarios por la prestación del servicio. Los recursos excedentarios de tarifas del servicio de aseo corresponden a una cantidad de dinero que sobra, una vez se cubren los costos correspondientes a la prestación del servicio público domiciliario de aseo con las tarifas pagadas por los usuarios. Cuando el servicio de aseo se presta bajo áreas de servicio exclusivo, estos recursos son aquellos que sobran una vez se remuneran a las empresas prestadoras del servicio por la labor realizada, en cada una de las áreas. Sin embargo, estos recursos no entran a hacer parte del presupuesto de la autoridad municipal o distrital encargada de garantizar el servicio de aseo, ni a las arcas de las personas prestadoras del servicio, pero la administración de estos recursos le corresponde a la autoridad territorial, sin perjuicio de que no tenga la titularidad presupuestal de estos recursos. Este trabajo pretende exponer que a pesar de que estos dineros no pertenecen al presupuesto de ninguna entidad, la función e importancia de estos recursos dentro de los esquemas de aseo, amerita que exista un control sobre la administración de dichos recursos y que los entes que deberían tener total competencia para efectuar dicho control son las Contralorías colombianas, dadas las potestades legalmente otorgadas a estos órganos de control. Para ilustrar la propuesta se utilizará de ejemplo las áreas de servicio exclusivo otorgadas en Bogotá a través de la Licitación 001 de 2002 estructurada por la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos-UAESP.

Palabras Clave: Contraloría, Control Fiscal, Tarifas, Tarifas Excedentarias, Áreas de Servicio Exclusivo, Servicios Públicos, Servicio Público Domiciliario de Aseo, Recursos públicos.

JUSTIFICACIÓN

La *Constitución Política* colombiana establece que los servicios públicos son inherentes a la finalidad del estado y que estos deben ser prestados de manera eficiente, con el fin de generar beneficios a la ciudadanía. En ese sentido es clara la *Carta Política* al indicar que la finalidad del Estado es el bienestar y mejoramiento de calidad de vida de la población. Uno de los servicios públicos que están a cargo del Estado, es el servicio público domiciliario de aseo, a través del cual se garantiza un ambiente salubre para la población en general, y cuya prestación está a cargo de los municipios.

El método de financiación que establece la Constitución Política de 1991 y la Ley, por regla general, para garantizar la prestación del servicio de aseo son las tarifas del servicio de aseo. Está legalmente establecido, que los recursos recaudados de tarifas tienen como fin único la garantía de la prestación del servicio y la recuperación de los costos en los que se incurre para la prestación el mismo, lo que en últimas le genera beneficios al interés general y particularmente a los usuarios. De tal manera, que la administración de estos recursos repercute directamente en la calidad del servicio prestado.

Bajo este contexto este trabajo tiene gran importancia ya que no hay una normatividad específica que regule la vigilancia y control sobre la gestión de los recursos excedentarios de tarifa pagadas por los usuarios del servicio domiciliario de aseo, por lo cual en este trabajo se propone que la forma efectiva de vigilancia y control de estos recursos es otorgarle una competencia clara y expresa a las Contralorías para que ejerzan el control fiscal sobre dichos recursos.

Es importante demostrar la relevancia que debe tener establecer claramente quien, y como se debe controlar y vigilar la administración de los recursos en cuestión, para lo cual se hará referencia a una situación presentada en la ciudad de Bogotá. A través del caso que se expondrá, no solo la importancia de estos recursos tanto para la prestación del servicio, como para los usuarios, sino que se evidenciará que las sumas de dinero o los recursos que se califican como excedentarios no corresponden a sumas insignificantes y que la utilidad de estos recursos es netamente pública.

Desde el punto de vista del trabajo práctico, tiene importancia ya que el producto resultante de este trabajo será una proposición normativa en la cual se establezca de manera clara y expresa que los recursos excedentarios de tarifas están sometidos a control fiscal. En consecuencia, quien administre de manera inadecuada estos recursos, será objeto de proceso de responsabilidad fiscal en el cual se determine su responsabilidad o no, de acuerdo a la naturaleza del proceso.

OBJETIVOS

Objetivo General

Verificar la validez y conveniencia, desde un análisis de las normas pertinentes, así como de pronunciamientos jurisprudenciales y de procesos responsabilidad fiscal, de que las Contralorías ejerzan el control fiscal sobre los recursos excedentarios de tarifas del servicio de aseo, cuando el servicio se presta bajo esquema de Áreas de Servicio Exclusivo.

Objetivos Específicos

- Analizar la prestación del servicio de aseo bajo esquemas de Áreas de Servicio Exclusivo.
- Explicar los principios tarifarios del servicio de aseo bajo esquemas de Áreas de Servicios Exclusivo.
- Determinar la naturaleza jurídica de los recursos excedentarios de tarifas del servicio de aseo, bajo esquemas de Áreas de Servicio Exclusivo.
- Determinar la posibilidad de que las Contralorías ejerzan vigilancia y control fiscal sobre los recursos excedentarios de tarifas del servicio de aseo, bajo esquemas de Áreas de Servicio Exclusivo.
- Proyecto de ley, a través del cual se establezca de manera clara y expresa la competencia de la Contralorías de Colombia, para ejercer el control fiscal sobre los recursos excedentarios de tarifas del servicio público domiciliario de aseo.

INTRODUCCIÓN

¿Deben tener las Contralorías en Colombia la competencia para ejercer el control fiscal sobre los recursos excedentarios de tarifa del servicio de aseo, cuando este se presta bajo el esquema de Áreas de Servicio Exclusivo? El presente trabajo de grado tiene como objetivo darle una respuesta positiva a la anterior pregunta, proponiendo a las Contralorías, como los órganos competentes e idóneos para controlar y vigilar los recursos excedentarios de tarifas del servicio público domiciliario de aseo, cuando dicho servicio se presta bajo el esquema de Áreas de Servicio Exclusivo (ASE).

La razón fundamental corresponde a que los recursos provenientes de tarifas tienen como objetivo financiar y garantizar la prestación del servicio público domiciliario de aseo, a través de la recuperación de los costos asociados a la prestación del servicio. De igual manera, los recursos excedentarios también están dirigidos a cubrir los costos asociados al servicio. En ese sentido, según será expuesto en este trabajo, debe existir una entidad competente para vigilar estos recursos, que hasta el momento no está legalmente establecida de manera expresa. Por esta razón, teniendo en cuenta las funciones constitucionales y legales que le corresponden a las Contralorías, estas serían los entes adecuados para ejercer este control, bajo el marco de los procesos de responsabilidad fiscal.

En principio, la pregunta y la propuesta resultaría obvia, sin embargo, la naturaleza pública de estos recursos excedentarios no está totalmente esclarecida, existiendo puntos de vista distintos al respecto, incluso existen controversias procesales al respecto en instancias administrativas y judiciales, las cuales se ilustrarán en este trabajo. Sin embargo, está totalmente establecida la utilidad pública de los recursos de tarifas del servicio público de aseo, ya que estos tienen por objeto único financiar la prestación del servicio.

Primero que todo, se entiende por tarifa del servicio de Aseo, el valor pagado por los usuarios a los prestadores del servicio, en contraprestación a la actividad desarrollada. Se entienden por recursos excedentarios de tarifas, aquellos recursos de tarifas que pueden resultar sobrantes, una vez los usuarios han pagado las facturas correspondientes al precio por la prestación del servicio y los prestadores del servicio han percibido su pago correspondiente por el servicio prestado. Como no se puede dar por hecho que estos recursos excedentarios de tarifas son públicos, no hay claridad sobre la competencia de las Contralorías para ejercer el control fiscal, teniendo en cuenta las funciones constitucionales y legales de dichas entidades.

Lo que da lugar a la discusión son los siguientes factores, la *Constitución Política* de Colombia de 1991, a diferencia del régimen constitucional anterior, habilitó a los entes territoriales a prestar y garantizar los servicios públicos a través de terceros organizados para el efecto. La *ley 142 de 1994* establece que los usuarios deben pagar una tarifa por la prestación del servicio público domiciliario de aseo. Por medio de estas tarifas se financia y garantiza la prestación del servicio, en consecuencia, las tarifas son recaudadas por y para los particulares prestadores del servicio de aseo, a modo de remuneración.

En ocasión de la libre competencia que rige la prestación de los servicios públicos domiciliarios, una vez los prestadores perciben lo que les corresponde de esas tarifas recaudadas, se pueden generar recursos excedentarios, o sea, pueden sobrar recursos de tarifas. Sin embargo, estos recursos sobrantes no se adicionan o transfieren a ningún presupuesto público, no entran a hacer parte del presupuesto del ente territorial que tiene a su cargo garantizar la prestación del servicio, por expresa orden de la entidad reguladora del servicio.

La anterior situación se puede presentar, sin perjuicio de la naturaleza privada o pública o mixta, del tercero prestador del servicio, simplemente es necesario que el prestador sea un tercero. Aunque los recursos excedentarios se generan una vez cubiertos los costos del servicio o bien sea, se remunere a los prestadores, estos siguen manteniendo la naturaleza de recursos financiadores del servicio, en consecuencia, estos recursos mantienen la utilidad de garantizar la prestación del servicio. Siendo los principios tarifarios que se desarrollaran en el trabajo, transversales al sistema de prestación del servicio público de aseo.

Ahora bien, la administración y ejecución de dichos recursos corresponde al ente territorial municipal, para lo cual existen unas directrices en cuanto a la administración de dichos recursos, los cuales no simplemente constituyen un sobrante, sino que tienen una utilidad específica, establecidas tanto por la ley como por los entes reguladores del servicio, pero en resumen dichos recursos deben generar beneficios a los usuarios, ya sea a través de mejoramiento del servicio o disminución en las tarifas que pagan los usuarios. Estos objetivos deben ser alcanzados por el ente territorial encargado del servicio de aseo, a través de la administración y gestión de esos recursos, sin que estos hagan parte de su presupuesto, ni de ningún otro presupuesto público.

La pregunta crucial para este trabajo consiste en ¿quién debe tener la competencia para vigilar la gestión de los recursos excedentarios de tarifas del servicio de aseo?, incluso si se adopta o se acepta la tesis que considera que estos recursos no son de carácter netamente público. Ya que, las funciones constitucionales de la Contralorías están dirigidas a ejercer el control fiscal sobre los fondos o bienes de la Nación y el objetivo de los procesos de responsabilidad fiscal es el resarcimiento de un daño causado al patrimonio del Estado.

Sin embargo, la administración de estos recursos no debería estar exenta de vigilancia alguna, teniendo en cuenta que su utilidad es la prestación de un servicio público y un beneficio para la población en calidad de usuaria del servicio. A pesar de que existen otras entidades que tiene a su cargo la vigilancia de la prestación del servicio público de aseo, tales como la Superintendencia de Servicios Públicos o de la autoridad reguladora del servicio como lo es la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico-CRA, dentro de sus capacidades o funciones no existen mecanismos idóneos encaminados a vigilar la gestión de los recursos excedentarios de tarifas.

Para demostrar la importancia y la magnitud de los recursos a los que se hace referencia, se utilizará como ejemplo el esquema del servicio público domiciliario de aseo, bajo esquemas de áreas de servicio exclusivo, adoptado por Bogotá en el año 2003. Este ejemplo demostrará que los montos correspondientes a dichos recursos no son para nada despreciables, adicionalmente se expondrá la forma en la que determinó la Contraloría General de la República, estos recursos fueron administrados y la explicación de cómo se generan dichos recursos.

Además, se indicará que a pesar de que no existe una habilitación legal expresa, que habilite a las Contralorías a ejercer sus funciones sobre estos recursos y dada la discusión acerca de la naturaleza pública o privada de estos recursos, si existen precedentes tanto jurisprudenciales como legales, que coadyuvan a la propuesta de que se le deben otorgar competencias a las Contralorías para ejercer el control fiscal sobre los recursos excedentarios de tarifas del servicio público domiciliario de aseo.

Para el efecto de desarrollar lo anteriormente expuesto, este trabajo se dividirá en cinco capítulos, en primer lugar, se realizará una breve exposición de los antecedentes y la evolución que el concepto de servicios públicos ha tenido en Colombia de la primera mitad del siglo XX hasta la actualidad. Posteriormente se explicará el régimen jurídico vigente del servicio público domiciliario de aseo, dentro de lo cual se incluirá el funcionamiento de este servicio público domiciliario bajo el esquema de Áreas de Servicio Exclusivo, así como el régimen tarifario que permite que se presenten excedentes monetarios y la finalidad e importancia de estos recursos dentro del servicio público domiciliario de aseo. Para mayor poder explicativo se expondrán algunos elementos del Esquema de Aseo adoptado por Bogotá en el año 2003, para explicar tanto la generación de los recursos excedentes, así como la magnitud e importancia de estos recursos.

Una vez presentado el servicio de aseo y el caso de Bogotá, se realizará una breve mención de las funciones y capacidades de los entes reguladores y vigilantes del servicio de aseo y la incapacidad de estos para vigilar los recursos excedentarios de tarifas. Análogamente se hará lo mismo con las Contralorías y su idoneidad para realizar esta labor. Dicha afirmación se apoyará en diversos pronunciamientos judiciales y actuaciones administrativas que serán presentadas en este trabajo. Por último, se desarrollarán las conclusiones pertinentes

1. Antecedentes Servicios Públicos

Para el desarrollo de este trabajo se hace necesario hacer un recuento, por lo menos, de la primera mitad del siglo XX hasta la actualidad, de las concepciones de los servicios públicos adoptadas por el Estado colombiano. Para el efecto, se debe dividir la historia de los servicios públicos en Colombia, a partir de dos momentos determinantes. Por un lado, la reforma constitucional de 1936, durante el gobierno del presidente Alfonso López Pumarejo y el segundo gran momento es la Constitución de 1991. En ese sentido, en este capítulo se expondrá a rasgos generales la concepción de los servicios públicos a partir de estos dos momentos particulares, para posteriormente realizar la explicación particular del esquema del servicio público domiciliario de aseo, que corresponde al tema de interés de este trabajo. A pesar de las diferencias que se dilucidaran entre ambos momentos, es clave decir que ambas concepciones de servicios públicos contemplan al Estado como garante y responsable de la prestación de los mismos.

1.1. Servicios Públicos en Colombia con la Reforma de 1936

A través de la reforma de 1936 impulsada por el gobierno de Alfonso López Pumarejo, se replanteó y reformuló el tipo de Estado que venía siendo hasta la época Colombia. A raíz de esta reforma el Estado colombiano se convirtió en un Estado de corte intervencionista. En consecuencia, el país se equipó de herramientas jurídicas encaminadas a impulsar en unos casos y apropiarse en otros, de la industria¹. Así mismo, el Estado pasó a tener un papel protagonista y ser el responsable del bienestar social, adoptando conceptos como por ejemplo el de “*asistencia pública*”, catalogado como función del Estado².

El papel del nuevo Estado colombiano intervencionista y preocupado por el bienestar social, tuvo efectos directos sobre la prestación de los servicios públicos. Las problemáticas sociales y económicas que aquejaban a la población en general tendrían un papel primordial en las funciones del Estado, ya que pasó a ser el encargado de resolver y tomar medidas respecto de estos temas. Esto se vio reflejado en el manejo de los servicios públicos, cuya prestación se apropió el Estado, a través de las entidades territoriales o autoridades locales, las cuales se encargaron de la prestación de los servicios públicos de manera directa y con cargo

¹ BOTERO, Sandra. La Reforma Constitucional de 1936, El Estado y las Políticas Sociales en Colombia. En: Anuario Colombiano de Historia Social y de la Cultura. Bogotá D.C. 2006. No. 33, p.91.

² *Ibíd.*, p.96

a los presupuestos de cada autoridad y a las capacidades operacionales de las mismas³.

Acoge entonces, el Estado colombiano a través de su nueva organización y nueva forma de concebir los servicios públicos, los planteamientos de autores como HARIOU, para quien parte esencial de la organización estatal y de la administración pública es la prestación de servicios públicos, incluso llegando a diferenciar a las actuaciones de particulares y de la administración pública en razón a la prestación de servicios públicos⁴. Se hace referencia a una nueva organización estatal, debido al fortalecimiento institucional que debió realizarse, particularmente en aquellas entidades en cuya cabeza reposaba la responsabilidad de prestar directamente los distintos servicios públicos, por ejemplo, el Ministerio de Obras Públicas de la época.

De tal manera, que la noción de servicios públicos adoptada corresponde a la planteada por LIBARDO RODRIGUEZ, en la cual le otorga las siguientes características: 1. Los servicios públicos y la prestación de estos hacían parte de la esfera exclusiva del Estado, siendo esta una característica esencial de la administración. 2. El objeto de la prestación de los servicios públicos por parte del Estado, es la satisfacción del interés general.⁵

Para ilustrar la transformación del Estado colombiano, un ejemplo es la Ley 65 de 1936, mediante la cual se determinó que era responsabilidad directa de los municipios la gestión y prestación del servicio de acueducto. En el caso de este servicio público, los municipios fueron clasificados en razón a la cantidad de población de cada uno y de acuerdo con el criterio de población se determinaba el origen de la financiación de la prestación del servicio. De tal forma que el origen de los recursos eran los municipios, los departamentos o la Nación, dependiendo de la clasificación otorgada al municipio, pero siempre correspondían a recursos públicos y la prestación del servicio a cargo de los municipios.⁶

³ GAZABÓN, Ana Carolina. La influencia de León Duguit en la reforma social de 1936 en Colombia: El sistema jurídico, la función social de la propiedad y la teoría de los servicios públicos. Bogotá D.C. Editorial Universidad del Rosario, 2015, p. 17-34.

⁴ MONTAÑA, Alberto. El Concepto de Servicio Público en Derecho Administrativo. Bogotá D.C. Universidad Externado de Colombia, 2008, p.138

⁵ RODRIGUEZ, Libardo. Derecho Administrativo, General y Colombiano. Bogotá D.C. Editorial Temis, 2011, p.

⁶ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 65. (31, marzo, 1936). Por la cual se dictan normas sobre abastecimiento de agua potable a los municipios de la República y se conceden unas autorizaciones al Gobierno Nacional. Disponible en internet: <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1616588>

Acciones similares fueron tomadas respecto de diferentes tipos de servicios públicos, tales como energía, alcantarillado⁷, telefonía⁸. Durante este trance llevado a cabo por la reforma de 1936, se pasó de la prestación de servicios públicos a cargo del sector privado a una prestación de los servicios públicos a cargo del Estado de manera directa. Esto en últimas constituía un monopolio del Estado en la prestación de servicios público.

La razón práctica fundamental que justificó la modificación de la prestación de los servicios públicos, de la manera anteriormente expuesta era la incapacidad de los prestadores de los servicios, es decir, los actores del mercado de suplir la demanda. La nueva concepción del Estado entendía la demanda como la totalidad de la población, por lo tanto, existía una incapacidad de los privados de garantizarle la prestación de los servicios a la totalidad de la población y el Estado debía salir al rescate y apropiarse totalmente de la prestación de los servicios públicos.⁹

1.2. Servicios Públicos a partir de la Constitución de 1991

No obstante, las razones que llevaron al Estado colombiano a adoptar la prestación de los servicios públicos en los términos expuestos anteriormente, no se cumplió con la finalidad de la reforma de 1936, tendiente a la cobertura y prestación de los servicios a toda la población. Por el contrario, el mismo problema fue la causa que generó un nuevo cambio en la prestación de los servicios públicos en Colombia, con la Constitución Política de 1991. A partir de la reforma de 1936, se le otorgó al Estado el monopolio de la prestación de los servicios públicos por la incapacidad de los privados de ampliar la cobertura y prestar el servicio a toda la población. Con la Constitución Política de 1991, se abolió ese monopolio, entre otras cosas, por la incapacidad que tuvo el Estado de ampliar la cobertura y prestar el servicio a toda la población.

Con la prestación de los servicios públicos con cargo a los recursos públicos, tanto de los entes territoriales como los de la Nación, la ampliación de cobertura y la calidad de la prestación por parte del Estado, encontraban una primera limitante en

⁷ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 107. (8, septiembre, 1938). por la cual se provee a la construcción de los alcantarillados del país. Disponible en internet: <http://www.suin-juricol.gov.co/viewDocument.asp?id=1641912>

⁸ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 126. (26, octubre, 1938). Sobre suministro de luz y fuerza eléctricas a los Municipios, adquisición de empresas de energía eléctrica, de teléfonos y de acueductos e intervención del Estado en la prestación de los servicios de las mismas empresas. Disponible en internet: http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_0126_1938.htm

⁹ LAMPREA MONTEALEGRE, Everaldo. Los Servicios Públicos en Colombia: Entre la Libertad de Mercado y la Intervención Estatal: En Manual de Derecho Administrativo. Bogotá D.C. Ediciones Uniandes, 2009, p.210.

el presupuesto¹⁰. Adicionalmente, otro de los grandes problemas que no permitieron que la prestación de los servicios públicos por parte del Estado fuera exitosa, corresponde a la alta carga burocrática que invadió a las empresas públicas que prestaban los servicios, lo que generaba ineficiencia e ineficacia en la prestación del mismo¹¹. Lo anterior, lo resume SANCHEZ de la siguiente manera:

En la década de los años 90 del siglo pasado, la prestación de los servicios públicos domiciliarios, cuya titularidad había sido reservada al Estado, aparecía signada por una crónica ineficiencia: elevado déficit presupuestal, participación significativa en el servicio de la deuda externa, serios problemas en materia de cobertura, alta burocratización, pobre calidad en la prestación frente a estándares internacionales, incrementos inusitados en las tarifas, repetidos paros nacionales, todo lo cual repercutía negativamente en el funcionamiento de la economía nacional.¹²

Teniendo en cuenta la situación de los servicios públicos en Colombia, describe el profesor BARRETO, que *“El objetivo era claro a finales del siglo xx: buscar el remedio para un mal que tradicionalmente sufrió la operación de los servicios públicos domiciliarios cuando estuvieron en su mayoría a cargo del Estado, la ineficiencia”*¹³, en consecuencia surgió la nueva concepción de los servicios público que trajo consigo la Constitución Política de 1991.

La Carta de 1991, al igual que la reforma de 1936, reformuló el modelo de Estado colombiano, constituyéndolo en su artículo 1º así: *“Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.”* (subrayado fuera del texto).

El artículo 2º ídem, estableció que el Estado tiene como fines esenciales *“servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional,*

¹⁰ GAZABÓN, Ana. Op. Cit., p.84

¹¹LAMPREA MONTEALEGRE. Op. Cit., p.211.

¹² SANCHEZ LUQUE, Guillermo. La Superintendencia de Industria y Comercio no es la Autoridad de Competencia en el Sector de los Servicios Públicos Domiciliarios. En: Con-texto Revista de Derecho y Economía. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2010, No. 32, p. 118.

¹³ BARRETO, Antonio. Orígenes de la Privatización Reciente de los Servicios Públicos. En: El Derecho Público y los Veinte Años de la Constitución Política de 1991. Ediciones Uniandes. Bogotá, 2013. P.164

mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.”

Adicionalmente, el artículo 365 definió la relación del Estado y los servicios públicos de la siguiente manera:

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

Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que, en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita.¹⁴

Por su parte, en el artículo 366 se agregó lo siguiente:

El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado. Será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable.

Para tales efectos, en los planes y presupuestos de la Nación y de las entidades territoriales, el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación.¹⁵

Lo primero que se hace visible una vez leídas las anteriores normas, es que los servicios públicos se elevan al rango constitucional. Adicionalmente, se evidencian tres aspectos esenciales mediante estas normas. Primero, definir al País como un Estado Social de Derecho, esta definición tiene unos efectos específicos frente a los servicios públicos y el Estado, *“no se concibe su existencia sin la prestación de un conjunto de servicios públicos que tienden a mitigar las desigualdades sociales”*¹⁶, esto se hace más visible y evidente cuando el artículo 365 indica que

¹⁴ COLOMBIA. Constitución Política de 1991.

¹⁵ *Ibíd.*

¹⁶ VALLS HERNANDEZ, Sergio. La Noción del Servicio Público en el Estado Social de Derecho. En: Nuevo Derecho Administrativo. 2004. P.435. Disponible en internet: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2654/17.pdf>

los servicios públicos son inherentes a las finalidades del Estado, las funciones del Estado están orientadas y tienen como fin la atención de necesidades básicas de la población, para lo cual los servicios públicos constituyen una de las herramientas para ese fin¹⁷.

Segundo, el Estado mantiene a su cargo la prestación de los servicios públicos, para lo cual asume dos roles, el rol de prestador del servicio y el rol de vigilar, regular y controlar la prestación del servicio. Tercero, los particulares que se organicen para el efecto podrán prestar servicios públicos, cuando los servicios públicos sean prestado por particulares, el Estado mantendrá la función de vigilancia, regulación y control, de tal manera que el Estado, a pesar de tener la posibilidad de prestar los servicios indirectamente a través de particulares, no se desvincula de su papel de garante de la prestación de los servicios.

Como se puede ver, el cambio esencial que se dio con la *Constitución Política de 1991* fue la inclusión, nuevamente, del sector privado en la prestación de los servicios públicos. Esto obedeció a una razón fundamental, incentivar la prestación de los servicios públicos de manera eficiente y ampliar la cobertura de los mismos, sin que hubiera un desprendimiento del Estado en relación con la prestación de los servicios.

2. Servicio Público Domiciliario de Aseo

Una vez expuesta la concepción de servicio público que tiene el Estado colombiano, se procede a explicar el régimen jurídico del servicio público domiciliario de aseo, en virtud tanto de la concepción de los servicios públicos vigente a partir de 1991, como de las normas constitucionales que plasman esa concepción. En ese sentido, el artículo 365 de la Constitución Política estableció que el régimen de los servicios públicos debía ser desarrollado y fijado por la ley, siguiendo los principios y lineamientos establecidos en la Carta Política.

Con ese objetivo fue promulgada la Ley 142 de 1994 “*Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones*”. Sin embargo, dicha Ley ha sufrido unas modificaciones respecto de las disposiciones referidas al servicio público domiciliario de aseo, así como existen normas dirigidas a reglamentar las disposiciones contenidas en dicha Ley, en ese sentido el régimen general del servicio público domiciliario de aseo, lo determina la Ley 142 de 1994, sin perjuicio de las demás normas posteriores que regulan este servicio público domiciliario, como lo son la Ley 689 de 2001 y el Decreto Ley 2981 de 2013. Adicionalmente existen normas expedidas por las autoridades que regulan y vigilan

¹⁷ BARRERA CARBONELL, Antonio, Regulación en Servicios Públicos. En: Revista de Derecho Público. Universidad de los Andes. Bogotá. 2000, No. 11, p. 20.

el servicio de aseo, tales como las resoluciones de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico-CRA.

2.1. Régimen Legal General Servicio Público Domiciliario de Aseo

Lo primero que establece la Ley 142 de 1994 es su ámbito de aplicación, enunciando los servicios públicos domiciliarios a los que le aplica su contenido, en ese sentido en el numeral 1º se establece que los servicios públicos domiciliarios serán regidos por esta Ley, de igual forma indica que aquellas personas que presten servicios públicos domiciliarios estarán sometidos al régimen establecido.

El servicio de aseo se incluye en la categoría de servicio público domiciliario por del artículo 1º de la Ley 142 de 1994, además el artículo 4º de la misma Ley establece que este servicio se considera esencial¹⁸. La definición del servicio público domiciliario la brinda el artículo 1º de la Ley 689 de 2001, mediante el cual se modificó la Ley 142 de 1994, este artículo lo definió de la siguiente manera:

Servicio público de aseo. Es el servicio de recolección municipal de residuos, principalmente sólidos. También se aplicará esta ley a las actividades complementarias de transporte, tratamiento, aprovechamiento y disposición final de tales residuos. (...) ¹⁹

Como permite ver la anterior norma, la definición normativa del servicio de aseo más que una definición, es la enumeración de una serie de actividades que componen la prestación de servicio, es decir, quien le corresponda prestarlo se obliga a realizar diferentes actividades. El decreto 2981 de 2013 “*Por el cual se reglamenta la prestación del servicio público de aseo*”, en su artículo 14 enumera las actividades que comprende este servicio, así:

Para efectos de este decreto se consideran como actividades del servicio público de aseo, las siguientes:

1. *Recolección.*
2. *Transporte.*
3. *Barrido, limpieza de vías y áreas públicas.*
4. *Corte de césped, poda de árboles en las vías y áreas públicas.*

¹⁸ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 689. (28, agosto,2001). Por la cual se modifica parcialmente la Ley 142 de 1994. Disponible en internet: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4633>

¹⁹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 142. (11, julio, 1994). Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones. Disponible en internet: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=2752>

5. *Transferencia.*
6. *Tratamiento.*
7. *Aprovechamiento.*
8. *Disposición final.*
9. *Lavado de áreas públicas.*²⁰

A pesar de que la Ley otorga herramientas para determinar qué son los servicios públicos domiciliarios, a partir de las actividades que estos comprenden, es de gran ayuda la definición planteada por la Corte Constitucional, para desarrollar el resto de este trabajo en base a dicha definición. Para la Corte los servicios públicos domiciliarios son *“aquellos que se prestan a través del sistema de redes físicas o humanas con puntos terminales en las viviendas o sitios de trabajo de los usuarios y cumplen la finalidad específica de satisfacer las necesidades esenciales de las personas”*.²¹

Ahora bien, se explicó que a partir de 1991 se determinó que el Estado podía prestar los servicios públicos de manera directa o de manera indirecta a través de particulares. Cuando el servicio se pretenda prestar directamente por el Estado, las autoridades encargadas o responsables de prestarlos son los municipios o cuando sea el caso los distritos. Sin embargo, la decisión por parte de la administración territorial de decidir la forma de prestar el servicio, no es potestativa o discrecional, la Ley 142 de 1994 en su artículo 6º establece unos requisitos que habilitan a que el servicio sea prestado de manera directa por los municipios, las condiciones son las siguientes:

- 6.1. Cuando, habiendo hecho los municipios invitación pública a las empresas de servicios públicos, no haya habido empresa alguna que se ofreciera a prestarlo;
- 6.2. 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 preste, no haya habido una respuesta adecuada;
- 6.3. Cuando, aun 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

²⁰ COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 2981. (20, diciembre,2013). Por el cual se reglamenta la prestación del servicio público de aseo. Disponible en internet: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=56035>

²¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-578 de 1992. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Regulación establecerán las metodologías que permitan hacer comparables diferentes costos de prestación de servicios.

6.4. 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 la de los demás. Además, su contabilidad 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.²²

Si no se cumplen los anteriores requisitos, las entidades territoriales deben contratar integralmente este servicio con las empresas de servicios públicos organizadas como sociedades por acciones para tal efecto, sean de capital público, privado o de economía mixta, o bien constituir empresas industriales y comerciales del estado, si no existe la voluntad de que el capital público esté representado en acciones, según lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 142 de 1994.

Adicionalmente, la norma citada textualmente permite afirmar, sin que expresamente se determine, que la regla general o lo que se pretende, en principio, es que sean los particulares quienes presten el servicio domiciliario de aseo o como lo dice la Carta Política, que los municipios presten el servicio indirectamente a través de particulares²³. Es decir, la Carta Política establece que los servicios públicos hacen parte inherente de las funciones y finalidades del Estado, por lo que le corresponde al Estado prestarlos y garantizarlos, de ahí que, la prestación de los servicios a través de particulares es una de las herramientas que la Constitución le otorga al Estado para tal fin. Sin embargo, el desarrollo que se ha realizado del régimen legal de los servicios públicos domiciliarios a través de la ley, establece que la prestación directa de los servicios públicos por parte del Estado se convierte en una excepción para lo cual hay unos requisitos específicos. Por consiguiente, la regla general corresponde a la prestación de los servicios públicos domiciliarios por particulares. No obstante, la función de vigilancia, control y regulación del Estado se mantiene inamovible.

Lo anterior implica la existencia de un proceso de selección por parte de las administraciones municipales o distritales, en el cual se seleccione la empresa encargada de prestar el servicio de aseo. El párrafo del artículo 3º de la ley 689

²² CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones. Op. Cit., art.6

²³ CARDENAS URIBE, Julio. Contratos en el Sector de los Servicios Públicos Domiciliarios. Bogotá D.C. Universidad Externado de Colombia. 2003, P.40

de 2001, establece la modalidad de selección bajo la cual se debe seleccionar a la empresa de servicio público de la siguiente manera:

Los contratos que celebren los entes territoriales con las empresas de servicios públicos con el objeto de que estas últimas asuman la prestación de uno o de varios servicios públicos domiciliarios, o para que sustituyan en la prestación a otra que entre en causal de disolución o liquidación, se regirán para todos sus efectos por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en todo caso la selección siempre deberá realizarse previa licitación pública, de conformidad con la Ley 80 de 1993²⁴.

Así mismo, el proceso de licitación pública tendrá como objetivo la celebración de un contrato de concesión, entre el municipio o distrito y una persona prestadora del servicio, con el fin de que este preste, opere, explote, organice y gestione las actividades que contempla el servicio público domiciliario de aseo²⁵.

2.2. Esquemas de Prestación del Servicio Público Domiciliario de Aseo

Una de las motivaciones que dio lugar al nuevo modelo de prestación de servicios públicos establecido en la Constitución Política de 1991, fue la ineficiencia en la prestación de los servicios y la incapacidad del Estado de aumentar la cobertura y abastecer la demanda de los mismos. Teniendo en cuenta estos factores, la nueva concepción de los servicios públicos se construyó sobre un pilar fundamental, la libre competencia. Adoptar la libre competencia como pilar fundamental de la prestación de los servicios públicos tiene como objetivo obtener nuevas fuentes de financiamiento²⁶, esto implica inversión de capital en dicho mercado por distintos actores, que tendrá como efecto ampliación de la oferta, mejoramiento de la calidad y los precios por la prestación del servicio. Estas condiciones generan un beneficio al usuario, lo cual constituye el interés primordial que busca el Estado a través de la prestación de los servicios públicos.

El principio de la libertad de competencia es plasmado en el régimen legal de los servicios públicos domiciliarios por el artículo 2º de la Ley 142 de 1993, este artículo reafirma el papel intervencionista que tiene el Estado en la prestación de los servicios públicos domiciliarios, con las características indicadas anteriormente, sin embargo en el numeral 2.6, se establece que parte del papel intervencionista que

²⁴ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Por el cual se modifica parcialmente la Ley 142 de 1994. Op. Cit., art. 3

²⁵ COLOMBIA. PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. Decreto 891. (7, mayo, 2002). Por el cual se reglamenta el artículo 9º de la Ley 632 de 2000. Art. 2.

²⁶ SÁNCHEZ LUQUE. Op. Cit., P.119

tiene el Estado consiste en garantizar la libertad de competencia dentro del mercado de los servicios públicos domiciliarios, entre los actores que pretenden prestar el servicio y para beneficio de los usuarios del servicio.

Para garantizar la libre competencia en la prestación del servicio público domiciliario de aseo, la Ley 632 de 2000 en su artículo 9º, establece dos posibles esquemas bajo los cuales se puede prestar este servicio. Por un lado, el *Esquema de libre competencia y concurrencia de prestadores del servicio público de aseo* y, por otro lado, el esquema de *Áreas de Servicio Exclusivo*. Se procederá a definir brevemente el esquema de libre competencia y concurrencia de prestadores, para posteriormente exponer de manera más extensa, por ser de especial interés para este trabajo, el esquema de áreas de servicio exclusivo cabe recalcar que ambos esquemas garantizan la libre competencia, pero de distintas formas.

Es importante resaltar, que ambos esquemas de prestación del servicio de aseo son aplicables, cuando la autoridad territorial decide no conformar una empresa de servicios públicos a través de la cual se preste directamente el servicio público de aseo. Es necesario que el municipio opte, por prestar el servicio de manera indirecta a través de terceros, sin importar la naturaleza pública o privada de estos terceros.

2.2.1. Esquema de Libre Competencia y Concurrencia de Prestadores del Servicio Público de Aseo

Este esquema corresponde a la regla general bajo la cual se presta el servicio público domiciliario de aseo. Como su nombre lo indica, consiste en la posibilidad de que múltiples empresas de servicios públicos concurren en el mercado (municipio) y presten simultáneamente el mismo servicio. Este esquema corresponde a un escenario de competencia en el mercado, ya que al existir diversos prestadores del servicio estos deben establecer las condiciones más favorables posible para los usuarios, de tal forma que los usuarios tengan la libertad de escoger al prestador del servicio de su preferencia²⁷. De manera que, este escenario corresponde al de la libre competencia en su concepción, por decirlo de alguna manera, tradicional²⁸ bajo la cual una serie de actores ofrecen un mismo servicio bajo unas condiciones específicas y existen unos consumidores que de acuerdo a las condiciones ofrecidas eligen a quien le compran el servicio.

²⁷ PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. Por el cual se reglamenta el artículo 9º de la Ley 632 de 2000 Op. Cit., Art. 2º -2.2

²⁸ Disponible en internet: <http://www.sic.gov.co/que-es-la-libre-competencia>

2.2.2. Área de Servicio Exclusivo (ASE)

Si el anterior esquema correspondía a un escenario de competencia en el mercado, este esquema consiste en un escenario de competencia por el mercado. A pesar de parecer contradictorio, por medio de este esquema se otorgan monopolios para la prestación del servicio de aseo, sin embargo, se garantiza la competencia. La ley define a las áreas de servicio exclusivo de la siguiente manera:

Es el área geográfica otorgada contractualmente por los municipios y distritos a una persona prestadora del servicio público de aseo, mediante licitación pública, en la cual ninguna otra persona prestadora puede ofrecer los servicios y actividades objeto del contrato, durante un tiempo determinado, y cuya finalidad es asegurar la extensión de la cobertura del servicio a los usuarios de menores ingresos.²⁹

La Constitución y la Ley han otorgado la responsabilidad de garantizar el servicio público de aseo a los entes territoriales de carácter municipal o distrital, en ese sentido cada ente territorial tiene una circunscripción territorial en la cual garantiza la prestación del servicio, esta circunscripción evidentemente corresponde al territorio y población del respectivo municipio o distrito. Cuando el servicio de aseo se pretende prestar bajo este esquema, la autoridad municipal divide geográficamente el territorio del municipio correspondiente, en distintas áreas o zonas, cada área geográficamente determinada corresponde a un área de servicio exclusivo (ASE). En cada una de estas áreas se le otorga el monopolio de la prestación del servicio a una persona prestadora del servicio, de tal manera que esta persona no tendrá competencia durante la prestación del servicio, la cual es otorgada a modo de concesión.

Ahora bien, ¿Cómo entregando un monopolio, se garantiza la libre competencia?, en este esquema, la competencia entre empresas prestadoras del servicio se lleva a cabo de manera distinta y en momentos distintos, en comparación con el esquema anterior. Bajo este esquema, el artículo 3º ídem establece que *“el otorgamiento de estas áreas de servicio exclusivo para la prestación de actividades del servicio público domiciliario de aseo, se hará siempre por medio de contratos de concesión, adjudicados previo agotamiento de un proceso licitatorio público, con el cual se garantice la competencia y la transparencia”*. Esto es que, la administración municipal abre proceso licitatorio público, con el objetivo de dar en concesión cada una de las áreas geográficas determinadas, cada área se le adjudica a un solo prestador del servicio de aseo, el cual tendrá exclusividad en la prestación del

²⁹ PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. Por el cual se reglamenta el artículo 9º de la Ley 632 de 2000. Op. Cit., Art. 2-2.3

servicio³⁰, sin embargo, para ser adjudicatario de dicha concesión deberá vencer en el proceso de licitación al resto de oferentes.

Por consiguiente, la libre competencia tiene lugar durante el proceso de selección del operador del servicio de aseo, en otras palabras, compiten por el mercado existente en cada área de servicio exclusivo ofertando mejores condiciones para el usuario, que sus competidores. Sobre esto se debe resaltar que es necesaria la concurrencia de oferentes para llevar a cabo la licitación pública, de tal forma que la competencia se vea garantizada³¹. Por ende, una vez llevado a cabo el proceso licitatorio y haber sido seleccionado el operador del servicio de aseo en cada área, este prestará el servicio bajo las condiciones que lo llevaron a resultar vencedor en el proceso licitatorio y adjudicatario de la concesión en la respectiva área de servicio exclusivo.

Al respecto el Consejo de Estado se ha pronunciado como sigue:

A su vez, la libertad de competencia económica supone -en palabras del profesor Angarita- la ausencia de obstáculos entre competidores en el ejercicio de una actividad económica lícita y por lo mismo excluye todas las diversas formas de prácticas anti concurrenciales que puedan eventualmente desvirtuarla. Competidores que, al autorizarse la constitución de la ASE por parte de la Comisión de Regulación respectiva, deberán enfrentarse para obtener el mercado y una vez vencidos, no podrán lícitamente concurrir en ese mercado ahora monopolístico, por autorización legislativa.³²

Si bien la ley establece dos esquemas posibles para la prestación del servicio público domiciliario de aseo, la creación de áreas de servicio exclusivo para la prestación del servicio de aseo no es un acto de carácter discrecional para la administración municipal. Por el contrario, este esquema corresponde a una excepción, de acuerdo con lo que ha indicado la misma corporación:

Como una situación de excepción al esquema general de competencia en el mercado de los servicios públicos implantado desde la Constitución, la ley permitió la constitución de las denominadas Áreas de Servicio Exclusivo-ASE, por cuya virtud el legislador autorizó la concesión por parte de los alcaldes de un servicio, siempre que se reúnan las estrictas condiciones de aplicación de esta figura.³³

³⁰ BARRETO, Antonio. La Estructura Reguladora del Servicio Público Domiciliario de Aguas, Mas Allá del Enfoque Mercantil. En: El Estado Regulador. Ediciones Uniandes. Bogotá, 2016. P.209

³¹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. CP. Ruth Stella Correa. RAD. 11001-03-26-000-2005-00067-00(32018) de 2011.

³² *Ibíd.*

³³ *Ibíd.*

Para adoptar este esquema, es necesario agotar los requisitos previstos en los artículos 4º y 5º del Decreto 891 de 2002, los cuales establecen lo siguiente:

Artículo 4º. Verificación de la existencia de motivos para el otorgamiento de las áreas de servicio exclusivo. Previamente a la apertura de la licitación pública para la asignación de áreas de servicio exclusivo en la prestación del servicio público de aseo, los municipios y distritos deberán solicitar a la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, CRA, la verificación de existencia de los motivos que permiten la inclusión de áreas de servicio exclusivo en los contratos de concesión, de acuerdo con los lineamientos generales y condiciones a que éstos se encuentran sometidos y deberán aportar a la CRA los estudios que demuestren que el otorgamiento del área de servicio exclusivo es el mecanismo más apropiado para asegurar la viabilidad financiera de la extensión de la cobertura a los usuarios de menores ingresos.

Artículo 5º. Condiciones previas para celebrar contratos en virtud de los cuales se establezcan áreas de servicio exclusivo. Para poder celebrar los contratos que pretendan otorgar área o áreas de servicio exclusivo en la prestación del servicio público de aseo, los representantes legales de los municipios y distritos deberán demostrar, como mínimo, ante la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, CRA:

5.1. Que los recursos disponibles en un horizonte de mediano y largo plazo no son suficientes para extender la prestación del servicio de aseo a los usuarios de menores ingresos y que con el otorgamiento del área se obtendrá el aumento de cobertura a dichos usuarios, sin desmejorar la calidad del servicio.

5.2. Que la constitución del área de servicio exclusivo propuesta, produciría economías y eficiencias asignativas en la operación que permitirían, con los recursos disponibles, llevar o subsidiar el servicio a dichos usuarios.

5.3. Que las zonas que se declaren como áreas de servicio exclusivo serán financiera e institucionalmente viables, teniendo en cuenta los niveles de subsidio otorgados y los montos de contribuciones con que cuente el Fondo de Solidaridad y Redistribución de Ingresos del respectivo municipio o distrito.³⁴

Las razones en las que se fundamenta la inclusión de áreas de servicio exclusivo dentro del esquema de prestación del servicio público de aseo, tienen como premisa

³⁴ PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. Por el cual se reglamenta el artículo 9º de la Ley 632 de 2000. Op. Cit., art. 4 y 5.

el interés general ya que a través de estas se pretende garantizar la ampliación de cobertura.

De tal forma que el Estado encuentra en este esquema de ASE un instrumento de intervención estatal en los servicios públicos, que tiene como objetivo la maximización de la cobertura y calidad del servicio público domiciliario de aseo. Teóricos han sido partidarios de plantear esquemas como los de ASE debido a que, como lo determina la ley, el usuario puede ser el más beneficiado bajo ciertas condiciones de mercado, en ese sentido lo expresa DONAHUE:

Una segunda explicación posible se relaciona con la economía de la información. El servicio de recogida de basura puede ser una parte tan pequeña del presupuesto doméstico, y su contratación una gestión tan aburrida, que los usuarios pocas veces se toman la molestia de informarse sobre las opciones posibles o de cambiar de proveedores como respuesta a los precios. Por lo menos un analista de Wall Street atribuyó el margen de ganancias que proporciona la recogida de basura al limitado grado de conocimiento sobre su costo por parte del consumidor, lo que les da a los responsables de ella una amplia libertad para elevar sus tarifas. La pericia de los funcionarios municipales en lo que a costos y alternativas reales de esta actividad se refiere podría exceder en tal medida la de los usuarios que, a pesar del interés indirecto y atenuado de estos funcionarios por el precio o la calidad, pueden realizar tratos más convenientes que los que podrían hacer los ciudadanos por su cuenta.³⁵

De tal forma que a partir de las normas que regulan este esquema de prestación del servicio de aseo, jurisprudencia y doctrina, existen justificaciones técnicas y de mercado para que se adopte esquemas de Áreas de Servicio Exclusivo, en beneficio del usuario tanto por la ampliación de la cobertura, como por la posibilidad de que existan mejores condiciones de prestación y tarifas más bajas.

2.2.3. Tarifas Servicio de Aseo

Hacer una exposición sobre las tarifas del servicio de aseo es de gran importancia, ya que sobre estos recursos recae la vigilancia y el control por parte de las Contralorías, que se propone. Por consiguiente, esta sección será dividida en varias subsecciones, para poder hacer alusión a los diferentes factores que son importantes para efectos del trabajo.

³⁵ DONAHUE John. La decisión de privatizar. Fines públicos y medios privados. Barcelona. Paidós. 1991, p.98.

Primero, se hará una explicación sobre la naturaleza de tarifas del servicio de aseo. Segundo, se procederá con los regímenes tarifarios del servicio de aseo, así como de la autoridad tarifaria. Tercero, se dilucidará en qué consisten los recursos excedentarios de tarifas, como se generan estos recursos en los esquemas de áreas de servicio exclusivo, cual es la utilidad e importancia de estos recursos y quien los administra. Cuarto, se pondrán de presente Resoluciones de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, en las cuales se regula la administración y uso de los recursos excedentarios de tarifas del servicio de aseo. Por último, se expondrá brevemente un caso real de la ciudad de Bogotá, para mostrar la importancia que tienen estos recursos y la vigilancia sobre estos.

Acerca de las tarifas del servicio de aseo, se debe iniciar estableciendo que estas son las fuentes de financiación con la que cuenta el servicio público de aseo para su prestación, conforme lo han establecido los artículos 367 de la Carta Política y los artículos 86 y siguientes de la Ley 142. En concordancia, teniendo en cuenta el rol de vigilancia, control y regulación del Estado en el marco de la prestación del servicio público de aseo, una de las herramientas con las que cuenta el Estado para intervenir en el servicio de aseo, es la fijación de los regímenes tarifarios³⁶.

El servicio público de aseo, cuando se presta a través de particulares, tiene tres partes involucradas, por un lado, el Estado bajo las funciones ya mencionadas, por otro lado, los prestadores del servicio, es decir quienes resultan adjudicatarios del contrato que les permite prestar el servicio público de aseo y, por último, los usuarios, quienes son los beneficiados por la prestación del servicio. Como se dijo en el primer capítulo de este trabajo, uno de los problemas fundamentales para garantizar y ampliar la cobertura y calidad de los servicios públicos, corresponde a las limitaciones presupuestarias, es decir la falta de recursos que financien los servicios. En ese sentido parte del trabajo del legislador ha correspondido en garantizar las fuentes de financiación del servicio para garantizar su prestación continua, la Corte Constitucional se ha pronunciado al respecto.

Así pues, caben diferentes fuentes de financiación para costear su expansión, como, por ejemplo, las inversiones directas a cargo del Estado, las inyecciones de capital por las empresas y la inclusión de un factor tarifario a cargo de los usuarios por ese concepto, o una combinación de estas fuentes, con miras a un mejor aprovechamiento de los recursos económicos de la sociedad en general para el beneficio de sus habitantes.³⁷

³⁶ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones. Op. Cit., art.3 #3.3.

³⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. MP. Manuel Jose Cepeda. C-150 de 2003.

Si se tiene en cuenta que el servicio público de aseo se presta, por lo general, basado en un régimen de libre competencia³⁸, la financiación proviene del mercado en el cual se desarrolla la actividad, es decir por parte del consumidor. Por lo tanto, el papel del usuario no solo corresponde al de receptor del servicio y beneficiario de las obligaciones y funciones estatales, sino que en su cabeza también recae la obligación de aportar, por medio del pago de tarifas, recursos para garantizar la prestación del servicio³⁹. Esto encuentra su fundamento en el artículo 95 de la Constitución colombiana, el cual reza que es deber de toda persona “*Contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de justicia y equidad*”.

Los recursos de tarifas tienen como objetivo que se garantice el funcionamiento y la prestación del servicio de aseo, es decir, existen unas empresas que se dedican a prestar el servicio de aseo en un municipio, las cuales tienen derecho a que se les remunere el servicio prestado. En ese sentido en un municipio, los usuarios del servicio de aseo realizan un pago por un valor determinado de dinero y esos montos de dinero son recaudados, una vez recaudados se procede a hacer el pago a cada prestador del servicio o incluso puede ser el mismo prestador quien asume la responsabilidad de recaudar y autoliquidar su remuneración. En consecuencia, una vez recaudado ese dinero, existe una administración del mismo, esta administración debe estar regida por unos principios o criterios específicos, estos son, el de eficiencia económica, neutralidad, solidaridad, redistribución, suficiencia financiera, simplicidad y transparencia⁴⁰. Para efectos del núcleo del trabajo, se desarrollarán los criterios de eficiencia económica, solidaridad y redistribución, y suficiencia financiera.

Cuando se describieron los rasgos generales del servicio público de aseo, se afirmó que las empresas prestadoras del servicio operaban en un mercado en competencia o competían por el mercado, en ambos casos el Estado debía permitir e incluso garantizar que estas empresas percibieran utilidades o ganancias, a raíz de la actividad económica desarrollada, correspondiente a prestar el servicio. El criterio de suficiencia económica está dirigido a garantizar que los recursos recaudados por tarifas garanticen la recuperación de los costos en los que incurren los prestadores del servicio y adicionalmente la utilidad que le corresponde a dicha empresa⁴¹.

³⁸ Ya sea bajo esquemas de libre competencia y concurrencia de prestadores del servicio, o sea bajo el esquema de áreas de servicio exclusivo-ASE.

³⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. MP. Clara Inés Vargas. C-389 de 2002.

⁴⁰ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones. Op. Cit., Art.87

⁴¹ DUSSÁN HITSCHERICH, Jorge. EL régimen de los servicios públicos domiciliarios. Bogotá D.C. Universidad Javeriana, 2005, P.258.

Mientras tanto, el criterio de eficiencia económica sirve de límite o de control de lo que establece el criterio de suficiencia financiera. La eficiencia económica establece que los usuarios, a través del pago de tarifas, no pueden asumir los mayores costos generados a través de una gestión ineficiente de los prestadores del servicio⁴². En otras palabras, la suficiencia financiera garantiza que las tarifas cubran los costos de operación y utilidades, mientras que la eficiencia económica, evita que a raíz de una gestión ineficiente los costos y utilidades sean cubiertos por el usuario⁴³.

El criterio de solidaridad y redistribución incluye un componente social en las tarifas, en cuanto a que determina que los usuarios de mayores ingresos asuman mayores costos en las tarifas, que los usuarios de menores ingresos⁴⁴. De tal forma que los valores pagados a razón de las tarifas por los usuarios se acojan a los principios de equidad y justicia del artículo 95 de la Constitución Política.

2.2.3.1. Regulación y Libertad de Tarifas

El artículo 88 de la Ley 142 de 1994, establece tres regímenes tarifarios bajo los cuales se pueden determinar las tarifas del servicio de aseo:

88.1. Las empresas deberán ceñirse a las fórmulas que defina periódicamente la respectiva comisión para fijar sus tarifas, salvo en los casos excepcionales que se enumeran adelante. De acuerdo con los estudios de costos, la comisión reguladora podrá establecer toques máximos y mínimos tarifarios, de obligatorio cumplimiento por parte de las empresas; igualmente, podrá definir las metodologías para determinación de tarifas si conviene en aplicar el régimen de libertad regulada o vigilada.

88.2. Las empresas tendrán libertad para fijar tarifas cuando no tengan una posición dominante en su mercado, según análisis que hará la comisión respectiva, con base en los criterios y definiciones de esta Ley.

88.3. Las empresas tendrán libertad para fijar tarifas, cuando exista competencia entre proveedores. Corresponde a las comisiones de

⁴²Ley 142 de 1994. Artículo 94. Tarifas y recuperación de pérdidas. De acuerdo con los principios de eficiencia y suficiencia financiera, y dada la necesidad de lograr un adecuado equilibrio entre ellos, no se permitirán alzas destinadas a recuperar pérdidas patrimoniales. La recuperación patrimonial deberá hacerse, exclusivamente, con nuevos aportes de capital de los socios, o con cargo a las reservas de la empresa o a sus nuevas utilidades.

⁴³ *Ibíd.*

⁴⁴ *Ibíd.*

regulación, periódicamente, determinar cuándo se dan estas condiciones, con base en los criterios y definiciones de esta Ley.

Estos tres regímenes de regulación tarifaria corresponden al régimen de libertad regulada, libertad vigilada y libertad simple⁴⁵. Se debe advertir que los criterios tarifarios de la sección anterior son transversales a cualquier regulación tarifaria que se aplique.

La Constitución de Colombia, en su artículo 367 indica que la Ley será la encargada de determinar las entidades competentes para la fijación de tarifas, teniendo en cuenta que esto hace parte de la intervención del Estado en la prestación del servicio. Efectivamente, el mandato constitucional fue desarrollado a través de la Ley 142, en la cual se define que el presidente podrá señalar las políticas generales de control y administración de los servicios públicos a través de Comisiones de Regulación, en el caso del servicio público de aseo, esta competencia la tiene la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico. Algunas de las funciones de esta Comisión serán mencionadas en el siguiente capítulo. Por lo pronto, se hará alusión a la función de fijar fórmulas para la fijación de tarifas del servicio, así como determinar cuál de los regímenes tarifarios aplicar⁴⁶, es decir, la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico-CRA es la autoridad tarifaria del servicio público domiciliario de aseo.

La CRA a través de tres actos administrativos distintos, en los cuales ha ejercido su función de autoridad tarifaria en el servicio público de aseo, ha establecido que quienes presten el servicio de aseo deben someterse al régimen de libertad regulada, estos tres actos administrativos corresponden a las Resoluciones 151 de 2001, 351 de 2005 y 720 de 2015.

Ahora bien, la Comisión de Regulación Agua Potable y Saneamiento Básico no establece a través de los actos administrativos que emite, ya sean de carácter general o carácter particular, la tarifa final que debe pagar cada usuario del servicio de aseo. La CRA ejerce su labor de autoridad tarifaria al establecer las formulas o metodologías de cálculo de tarifas que deben acoger tanto las autoridades municipales encargadas del servicio, como los mismos operadores del servicio, las cuales han sido definidas a través de las Resoluciones 151 de 2001, 351 de 2005 y 720 de 2015. Cabe mencionar, que las formulas tarifarias establecidas por la CRA son de carácter obligatorio.

⁴⁵ AYALA CALDAS, Jorge Enrique. Elementos Teóricos de los Servicios Públicos Domiciliarios. Ed. Doctrina y Ley. 1996, p.112.

⁴⁶ CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones. Op. Cit., Art. 73 #11.

2.2.3.2. Recursos Excedentarios de Tarifas-Esquema Área de Servicio Exclusivo

Gran parte de la exposición que se ha ido desarrollando tiene como objetivo explicar qué son los recursos excedentarios de tarifas, cómo se generan estos recursos y para qué sirven estos recursos, razón por la cual en esta sección se retomaran varios de los conceptos y elementos anteriormente expuestos.

Las tarifas son la fuente de financiación para la operación del servicio de aseo, estos recursos son generados a través del pago que generan o realizan los usuarios del servicio. De acuerdo con el principio de eficiencia económica y de suficiencia financiera, el pago que realizan los usuarios está, en su totalidad, destinado a cubrir los costos en los que incurren los prestadores del servicio y las utilidades a las que tienen derecho estas empresas. En consecuencia, se podría decir que en un mercado de competencia en el cual varias empresas ofrecen un servicio, estas deberían recaudar única y exclusivamente los dineros a los que tienen derecho por la actividad desarrollada.

Estos principios son transversales a los recursos de tarifas, sin que exista distinción alguna, basada tanto en el esquema de aseo que se aplique o el régimen tarifario que se adopte. Todos los recursos que provengan de las tarifas pagadas por los usuarios tienen la destinación específica de financiar la prestación del servicio.

Cuando se elige estructurar el servicio público de aseo bajo esquemas de áreas de servicio exclusivo, no existe un mercado en competencia sino una competencia por el mercado. Ya se explicó a rasgos generales como se genera esa competencia en el marco de los procesos licitatorios, pero de manera más específica la competencia tiene lugar de la siguiente manera:

Cuando se adopta el esquema de áreas de servicio exclusivo no hay competencia durante el desarrollo de la actividad, sino de manera previa en la licitación. Teniendo en cuenta que a través de este esquema se hace una invitación a empresas prestadoras de servicios públicos, la autoridad municipal o distrital debe organizar el mercado (áreas) que pretende concesionar, de tal forma que estas resulten atractivas para las empresas, así como que se garantice la concurrencia de oferentes. En ese sentido, según establece el artículo 7º del Decreto 891 de 2002, el proceso licitatorio debe contener la siguiente información y documentación:

7.1. Determinación del ámbito geográfico de operación y plano acotado correspondiente al área o áreas que se establecerían como de servicio exclusivo.

7.2. Fechas previstas para alcanzar en un (1) año el 100% en la cobertura del servicio.

- 7.3. Servicios o actividades del servicio a los cuales se extiende la exclusividad.
- 7.4. Forma como la entidad territorial concedente garantizará la exclusividad.
- 7.5. Niveles de calidad del servicio que debe garantizar el contratista a los usuarios, de conformidad con la reglamentación vigente.
- 7.6. El término de duración que se pacte no puede ser indefinido y debe estar perfectamente determinado.
- 7.7. Obligaciones que asume el contratista respecto a la prestación del servicio, indicadores y metas para el seguimiento y control de su cumplimiento.
- 7.8. Régimen tarifario aplicable.
- 7.9. Estudios técnicos y económicos que sustenten la extensión de la cobertura a los usuarios de menores ingresos.
- 7.10. Modelo y cifras de proyección financiera del contrato, con identificación precisa de todas las variables pertinentes.
- 7.11. Estructura de asignación de riesgos y mecanismos de mitigación de los mismos.
- 7.12. Copia del pliego de condiciones de la licitación y de la minuta del contrato que se celebraría.⁴⁷

Toda esta información permite establecer las condiciones de la licitación en la cual se pretende concesionar la prestación del servicio de aseo en cada una de las áreas de servicio exclusivo. De igual manera, permite que los interesados evalúen la conveniencia del negocio y presentarse a los procesos licitatorios con el interés de resultar adjudicatarios.

Teniendo en cuenta que se debe acoger el régimen de libertad regulada en la cual el Estado establece las tarifas, además de la obligación en cabeza del Estado de garantizar que las tarifas se aproximen a los precios de un mercado competitivo, desde la apertura del proceso y las condiciones que en él se establecen existe un estudio de mercado lo suficientemente completo para que los oferentes analicen la conveniencia y realicen su oferta.

Por lo tanto, habiendo la información disponible, uno de los criterios de selección alrededor del cual se puede desarrollar la competencia por el mercado, gira entorno a porcentaje del recaudo de tarifas. Técnicamente, la explicación es que, en virtud de la libre competencia y existiendo suficiente información del mercado en la Licitación Pública, para determinar un estimativo del recaudo que podría generar cada ASE, la autoridad territorial decide establecer que la ASE se adjudica con base al menor porcentaje sobre el recaudo que acepte como remuneración cada

⁴⁷ PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. Por el cual se reglamenta el artículo 9° de la Ley 632 de 2000. Op. Cit., Art. 7º.

proponente. Si existen dos proponentes en competencia para resultar adjudicatario de una ASE, resultara adjudicatario quien acepte recibir el menor porcentaje sobre el recaudo de las tarifas pagadas por los usuarios.

Teniendo en cuenta lo anterior, una vez adjudicada la ASE, se produce un superávit de recursos de tarifas, dado que los gastos correspondientes a la prestación del servicio, o sea la remuneración al prestador del servicio, es inferior a los recursos de tarifas recaudados o pagados por los usuarios. Este superávit que se genera, correspondiente a la diferencia entre lo recaudado y lo pagado al prestador del servicio, son los recursos excedentarios de tarifas.

Se podría hacer una semejanza con un almacén en el que existen un número de productos, cada cual, con su precio, la venta de la totalidad de los productos corresponde a un valor de \$100 pesos, se abre licitación y el almacén será adjudicado al oferente que acepte percibir la menor cantidad de dinero, sobre los \$100 pesos que venda. En el caso del servicio público de aseo, existe un estimativo del recaudo de tarifas y las empresas oferentes realizan propuestas de acuerdo al porcentaje que consideren sobre la totalidad del recaudo de tarifas. Entonces, la competencia gira entorno a quien acepta percibir menos porcentaje del recaudo de tarifas, obviamente garantizando el cumplimiento de las condiciones bajo las cuales se debe prestar el servicio.

Por lo tanto, una vez adjudicada la concesión de cada una de las áreas de servicio exclusivo, no solo se recauda el porcentaje correspondiente a la oferta del operador del servicio, sino que en cada una de las áreas se recauda la totalidad de las tarifas pagadas por los usuarios, pero el operador percibe un porcentaje y el porcentaje sobrante constituye los recursos excedentarios de tarifas del servicio de aseo.

En resumen, una vez inicia la prestación del servicio los usuarios pagan unos recursos correspondientes a la tarifa, estos recursos son recaudados, una vez recaudados el operador del servicio se apropia o percibe el porcentaje que accedió a aceptar y el porcentaje restante constituye un remanente de estos recursos.

Ahora bien, estos recursos excedentarios no pierden la naturaleza de ser recursos tarifarios por lo tanto se rigen por los mismos principios y criterios tarifarios. En consecuencia, se retoman los criterios de eficiencia económica y suficiencia financiera, en principio las tarifas deben garantizar única y exclusivamente la recuperación de costos por parte de los operadores del servicio y sus utilidades. Se entiende por costos lo que se gasta el operador por desarrollar las actividades que constituyen el servicio de público domiciliario de aseo⁴⁸.

⁴⁸ *Ibíd.* Artículo 15. Costos asociados al servicio público de aseo. Los costos asociados al servicio público de aseo, deberán corresponder a las actividades del servicio definidas en este decreto.

Debido a que estos recursos excedentarios se generan una vez cubiertos los costos de la operación del servicio del correspondiente periodo de facturación, surge la pregunta sobre ¿Qué utilidad tienen estos recursos? Tanto las leyes, como los decretos que han demarcado el régimen del servicio público de aseo, no han regulado la existencia de estos recursos de manera específica. Mientras que por su parte la CRA a través de su potestad de verificar motivos para la adopción de esquemas de áreas de servicio exclusivo, si ha regulado los recursos excedentarios de tarifas.

La Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, se ha pronunciado respecto de estos recursos a través de tres Resoluciones mediante las cuales se han verificado los motivos para la adopción del esquema de área de servicio exclusivo en la prestación del servicio de aseo, en la ciudad de Bogotá. Estas Resoluciones corresponden a las 235 de 2002, 541 de 2011 y 786 de 2017.

Por medio de la Resolución 235 de 2002, se verificaron los motivos para la prestación del servicio de aseo bajo el esquema de ASE, que tuvo lugar en Bogotá durante los años 2003 a 2011. Según indica la Resolución, dentro de la solicitud presentada por la autoridad distrital de Bogotá ante la Comisión, se establece que, dado que los operadores ofertarán por un porcentaje del recaudo, es posible que se generen menores costos, los cuales serían trasladados a los usuarios mediante reintegros. Pero, dentro de la solicitud presentada también se contemplaba la posibilidad de que, con cargo a los recursos de tarifas, dada la posibilidad de que existieran recursos excedentes, en ocasión de la competencia, estos recursos sufragarían costos adicionales a los asociados al servicio público de aseo.

Sobre la posibilidad planteada por parte de la autoridad distrital, la CRA indicó que *“es necesario señalar que las tarifas deben permitir recuperar, únicamente, los costos económicos de prestar el servicio respectivo. Por ello la ley prevé que las fórmulas de tarifas garantizarán la recuperación de costos y gastos propios de operación, incluyendo la expansión, la reposición y el mantenimiento del servicio”*⁴⁹. Como corolario de lo anterior, la CRA también estableció, que cuando en las ofertas se presenten porcentajes menores sobre el recaudo en las diferentes zonas, el dinero o los recursos sobrantes deben trasladarse a todos los usuarios de la ciudad⁵⁰.

Esta Resolución permite concluir que los recursos excedentarios de tarifas tienen una utilidad específica, permitir la recuperación de los costos asociados al servicio,

⁴⁹ COLOMBIA. COMISIÓN DE REGULACIÓN DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BÁSICO-CRA. Resolución 235. (7, noviembre,2002). Por la cual se decide solicitud de verificación de motivos que permitan la inclusión de cláusulas de áreas de servicio exclusivo en los contratos que suscriba el Distrito Capital de Bogotá para conceder el servicio de aseo. P.17

⁵⁰ *Ibíd.* Artículo 1. Numeral 4

las utilidades de los prestadores del servicio y beneficiar al usuario a través del traslado de estos recursos.

De igual manera se pronunció la CRA en la resolución 541 de 2011, a pesar de que esta Resolución no entró a operar dado que por orden judicial no se continuó con el proceso de estructuración y contratación del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá, la CRA afirmó de nuevo que debía ser el usuario el beneficiario último de los recursos excedentes:

Acorde con lo previsto en el artículo 87 y en el artículo 92 de la Ley 142 de 1994, en caso de existir excedentes en el sistema, estos deberán ser distribuidos a los usuarios vía tarifa como ganancias en eficiencia, de acuerdo con los mecanismos que defina la UAESP, en aras de dar estricto cumplimiento a los criterios orientadores del régimen tarifario.

(...) La UAESP no puede percibir recursos de las tarifas para cubrir actividades de planeación, supervisión y control del servicio público de aseo. No obstante, la UAESP puede asumir actividades relacionadas con el servicio de aseo si considera que esto es beneficioso para garantizar la eficiente prestación del servicio, concebida esta tarea como una actividad propia de la Administración Distrital dentro de sus responsabilidades y, por tanto, financiada con sus propios recursos.⁵¹

Igualmente lo hizo la CRA en la Resolución 786 de 2017, mediante la cual se verificaron los motivos para adoptar el esquema de áreas de servicio exclusivo en la ciudad de Bogotá en el proceso licitatorio que se está llevando a cabo a la fecha de este trabajo (noviembre 2017). En este acto administrativo, la CRA indicó lo siguiente, frente a los recursos excedentarios que se generen en el desarrollo de los contratos de concesión de aseo:

Que en el Reglamento Comercial y Financiero remitido por la UAESP mediante radicado CRA 2016-321-009531-2 de 9 de diciembre de 2016, señala (página 40): “A la terminación de los contratos de concesión, si se presenta, un saldo positivo de las Bolsas No. 1 y 2, este será transferido a un patrimonio autónomo que la UAESP contratará para que los administre, mientras determina su destino final”. Al respecto esta Comisión reitera que, de acuerdo con la normativa vigente sobre prestación del servicio público de aseo, los recursos remanentes del esquema de prestación del servicio

⁵¹ COLOMBIA. COMISIÓN DE REGULACION DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BÁSICO-CRA. Resolución 541. (9, febrero,2011). Por la cual se decide la solicitud de verificación de la existencia de motivos que permitan la inclusión de cláusulas de áreas de servicio exclusivo en los contratos de concesión que se suscriban para la prestación del servicio público de aseo en Bogotá, Distrito Capital.

mediante áreas de servicio exclusivo deben ser distribuidos entre los usuarios y la empresa, en los términos del artículo 87 de la Ley 142 de 1994.”⁵²

En este orden de ideas, existe una mala administración de estos recursos si no se logran los objetivos legales que se le asignan a estos recursos, que en últimas corresponde en generar bienestar al ciudadano a través de la disminución de tarifas. ¿Cómo se genera la disminución de tarifas? Con los recursos de tarifas se cubren los costos asociados al servicio público de aseo, una vez se cubren estos costos, sobra un dinero correspondiente a los recursos excedentarios de tarifas. Estos recursos excedentarios también constituyen recursos para financiar los costos asociados al servicio, en consecuencia, si existen recursos excedentarios por el monto de \$100 pesos y en la siguiente facturación los costos del servicio corresponden a \$100 pesos, el usuario vería sus tarifas disminuidas a 0, dado que ya existen recursos disponibles para sufragar dichos costos.

2.2.3.3. Caso Bogotá-Licitación 001 de 2002

En el año 2002 el Distrito Capital, a través de la autoridad distrital encargada del servicio público de aseo, la Unidad Especial de Servicios Públicos-UESP (hoy en día Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos-UAESP) se dio inicio a la Licitación 001 de 2002, la cual tenía por objetivo contratar “*La concesión para la Recolección, Barrido y Limpieza de vías y áreas públicas y corte de césped y transporte de los residuos al sitio de disposición en el Distrito Capital de Bogotá*”. La concesión del aseo se pretendía contratar bajo esquemas de área de servicio exclusivo, para lo cual se procedió a la verificación de motivos por parte de la CRA. Los cuales fueron verificados, mediante la Resolución 235 de 2005, la cual fue citada la sección anterior.

La licitación contemplaba la división geográfica de la ciudad, en 6 áreas de servicio exclusivo-ASE, en las cuales se concesionaría la prestación del servicio de aseo bajo los parámetros de competencia y monopolio correspondientes al esquema de ASE. La forma de remuneración a quienes resultaren adjudicatarios de las concesiones del servicio de aseo, se basaban en el porcentaje de recaudo de cada una de las ASE, en ese sentido el Distrito fijaba un tope máximo de porcentaje de

⁵² COLOMBIA. COMISIÓN DE REGULACION DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BÁSICO-CRA. Resolución 786. (27, febrero, 2017). Por la cual se resuelve la solicitud de verificación de motivos para la inclusión de cláusulas de áreas de servicio exclusivo en los contratos que se suscriban para la prestación del servicio público de aseo en el Distrito Capital para las actividades de comercialización, recolección, transporte, barrido y limpieza de vías y áreas públicas, corte de césped, poda de árboles, lavado de áreas públicas, instalación y mantenimiento de cestas. p.15

recaudo que podían ofertar los proponentes, para lo cual los proponentes debían ofertar porcentajes inferiores al máximo establecido⁵³. Como ya se explicó, esta modalidad permite la generación de los recursos excedentarios de tarifas, como efectivamente pasó, una vez se adjudicaron las concesiones de las áreas de servicio exclusivo y entró a operar el servicio de aseo bajo el esquema y las condiciones planteadas en la Licitación.

Este caso es importante exponerlo por una razón fundamental, la administración de estos recursos excedentarios de tarifas fue objeto de control fiscal por parte de la Contraloría General de la República e incluso se desarrolló un proceso de responsabilidad fiscal frente a la administración de estos recursos, entre los años 2007 y 2011⁵⁴, a través del proceso desarrollado se determinó la cantidad de recursos excedentarios que fueron ejecutados por la autoridad municipal en las vigencias mencionadas. En este capítulo se pretende, a modo de ejemplo, mostrar la magnitud de los recursos excedentarios de tarifas que se generaron y se administraron, mas no se pretende apoyar o sustentar la decisión a la que llegó la Contraloría General de la República en el correspondiente proceso de responsabilidad fiscal. Tampoco se pretende, en esa sección, demostrar la idoneidad de las Contralorías para ejercer esta labor, lo cual se hará más adelante en el capítulo pertinente.

El proceso aperturado por la Contraloría General de la República, corresponde al PRF-038-2012, este proceso tuvo como objetivo verificar la irregularidad de la administración de los recursos de la bolsa general del esquema de aseo, los cuales corresponden a los recursos excedentarios de tarifas generados durante la operación del servicio de aseo en Bogotá de los años 2003-2011. Mediante los procesos de auditoria efectuados por la Contraloría General y el desarrollo normal del proceso de responsabilidad, bajo los parámetros de la ley 610 del 2000, se pudo establecer lo siguiente:

Como consecuencia de lo anterior, de la cuantía referida como excedentes de la bolsa general del esquema estimada en \$159.655.204.119,72 y objeto de la presente actuación, se deben sustraer los recursos en importe de \$43.342.780.891,00 que ya son objeto de investigación en el Proceso de Responsabilidad Fiscal derivado de la IP 09/2011, para un saldo final a tener en cuenta dentro del presente asunto de \$116.312.423.228,72 definidos como excedentes del esquema general de la bolsa que fueron destinados a cubrir los centros de costo Planeación, Supervisión y Control; Educación,

⁵³ BOGOTÁ. UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS-UAESP. Recuento Historico: De la Edisa a la UAESP. 2010. Disponible en internet: http://www.uaesp.gov.co/uaesp_jo/images/documentos/estamos_de_acuerdo.pdf

⁵⁴ Procesos de Responsabilidad Fiscal 009 y 038 de 2012. CONTRALORIA GENERAL DE LA REPÚBLICA.

Prevención y Aprovechamiento; Plan Maestro de Residuos Sólidos y otras Actividades del Servicio de Aseo.(...)

(...) Además de lo anterior, se cuantificó el saldo correspondiente a dichos excedentes entre 2007 y 2011, atendiendo al hecho que respecto de las conductas con anterioridad a agosto de 2007 ya caducó la acción fiscal, por lo cual el saldo final establecido como objeto de la presente indagación por el componente Excedentes del Esquema General de la Bolsa, es de \$61.514.104.125,72⁵⁵

Durante el periodo comprendido entre los años 2003 y 2011, los recursos excedentarios de tarifas ejecutados por parte de la autoridad tarifaria distrital, correspondían a un valor de \$159.655.204.119,72; los cuales como se describen en la cita fueron objeto de distintas investigaciones fiscales. Esta cifra, a pesar de ser una suma importante de dinero, no significa nada si no se contextualiza. La autoridad distrital encargada del servicio de aseo en Bogotá al momento de la licitación era la Unidad Especial de Servicios Públicos, la cual posteriormente y actualmente es la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos, las apropiaciones presupuestales de las vigencias 2007 a 2011 de esta entidad fueron las siguientes:

Vigencia	Apropiación presupuestal
2007	\$213.624.924.160
2008	\$198.688.519.000
2009	\$206.377.156.000
2010	\$211.882.322.000
2011	\$183.038.045.000

(Tabla extraída del Auto 1215 de 2014. Contraloría General de la República)

Es decir, que la UAESP ejecutó recursos excedentarios de tarifas del servicio de aseo, por un valor similar a las apropiaciones presupuestales anuales de la entidad, claramente la ejecución y administración de las apropiaciones presupuestales de la UAESP, son objeto de control fiscal y los servidores encargados de la ejecución y administración de los mismos pueden llegar a ser objeto de responsabilidad fiscal, disciplinaria y penal.

Por otro lado, la cifra correspondiente a los recursos excedentarios de tarifas ejecutados por la UAESP investigada por la Contraloría General, corresponde fácilmente a más del 70% de la remuneración de un año a los operadores del servicio de aseo en las distintas áreas de servicio exclusivo en la ciudad, por

⁵⁵ COLOMBIA. CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Auto 000224. (11, noviembre, 2012). Mediante el cual se cierra indagación preliminar número 001 de 2012 y se ordena la apertura del proceso ordinario de responsabilidad fiscal número UCC-PRF-038 de 2012.

ejemplo, los años 2005, 2006 y 2011, en los cuales la retribución percibida por la totalidad de los operadores del servicio de aseo fueron de \$177.706.408.002, \$198.524.719.819 y 188.088.277.760⁵⁶, respectivamente, porcentaje que corresponde trasladar en tarifas al usuario, en caso de que la ejecución de estos recursos no se haya efectuado acorde a la Ley y a los criterios tarifarios de eficiencia económica y suficiencia financiera.

Esto es un indicador de que la administración de estos recursos debe ser vigilada, dada la importancia que implica su administración acorde a la Ley, es decir que efectivamente estos recursos excedentarios sean trasladados al usuario a través de tarifas. De lo contrario se estaría dejando, por ejemplo, en el caso de Bogotá 2003-2011, la administración de recursos por la cifra de 150 mil millones de pesos al libre albedrío y potestad de los administradores de estos recursos. Por todo lo anterior, el ente de control que posee las capacidades y los procesos administrativos adecuados para ejercer el control y vigilancia sobre la administración de los recursos excedentarios de tarifas son las Contralorías, tal y como se demostrará más adelante.

3. Regulación, Control y Vigilancia del Estado en el Servicio Público Domiciliario de Aseo

A pesar de que, a partir de 1991 se abrió la posibilidad para que los municipios o distritos prestaran los servicios públicos de manera indirecta a través de particulares y además se determinó legal y constitucionalmente que los servicios públicos se deben prestar en un mercado de libre competencia, el Estado no se desprendió totalmente de la prestación de los mismos al reservarse las funciones de regulación, control y vigilancia de esta actividad⁵⁷. A través de estas tres funciones se materializa el objetivo de garantizar la prestación de estos servicios en pro del interés general, que persigue el Estado. En consecuencia, la Constitución Política ordenó al Presidente de la República ejercer y definir las políticas de administración y control de los servicios públicos⁵⁸. Ya se evidenció, como el Estado interviene en la prestación del servicio público de aseo a través del establecimiento de fórmulas tarifarias destinadas a determinar los costos asociados al servicio, ahora corresponde ver como el Estado ejerce el control y vigilancia del servicio y todos sus componentes, tanto operativos, como financieros.

⁵⁶ *Ibíd.*

⁵⁷ COLOMBIA. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991. Art. 370

⁵⁸ *Ídem*

El producto que resultó de las disposiciones de la Carta Política fue la creación de dos entidades de carácter nacional, que tienen como responsabilidad principal ejercer las tres funciones que conservó el Estado frente al servicio público de aseo. Una es la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y la otra es la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico(CRA). Ambas entidades ejercen funciones de vigilancia y regulación, pero a rasgos generales la Superintendencia tiene funciones propias de la vigilancia y la CRA de regulación.

La creación de estas entidades encuentra su sustento en unas necesidades específicas, generadas por el nuevo régimen constitucional de los servicios públicos. Dada la nueva función del Estado en cuanto a su papel tanto de prestador de los servicios, como de regulador de estos, así como la posibilidad de que el servicio sea prestado por particulares, surge la necesidad de establecer órganos encargados de vigilar y salvaguardar distintos principios bajo los cuales se deben regir la actividad de prestar servicios públicos domiciliarios. Por ejemplo, la posición dominante que pueda tener el Estado, sobre los particulares prestadores del servicio, por ejemplo, la libre competencia y la garantía de que la totalidad de los habitantes sean beneficiados con la prestación del servicio.

En consecuencia, la forma de describir a rasgos generales las funciones de estas entidades es la siguiente: “(...) organismos puestos a cargo de las tareas de regulación de monopolios y promoción de la competencia, cuya acción apunta a lograr que las operaciones de los agentes prestadores de los servicios públicos sean económicamente eficientes, que no den cabida a hechos constitutivos de abuso de la posición dominante y ofrezcan servicios de calidad.”⁵⁹

A pesar de lo anterior, una vez estudiadas y revisadas la naturaleza y las funciones de estas dos entidades, no existen herramientas que permitan, vigilar los recursos excedentarios de tarifas del servicio de aseo en los esquemas de áreas de prestación de servicio. Entre otras cosas, porque dentro de las funciones de estas entidades, los procesos encaminados a controlar las malas prácticas dentro de la prestación del servicio de aseo tienen fines sancionatorios, tales como sanciones pecuniarias, escisiones o fusiones forzadas de empresas prestadoras del servicio, entre otras. Para ilustrar lo anterior, a continuación, se traen a colación tanto la naturaleza de estas dos entidades, como algunas de sus funciones. Lo anterior, sin

⁵⁹ BARRETO, Antonio. La Estructura Reguladora del Servicio Público Domiciliario de Aguas, Mas Allá del Enfoque Mercantil. En: El Estado Regulador. Ediciones Uniandes. Bogotá, 2016. P.200

perjuicio de los mecanismos de control interno que deben implementar las entidades públicas, que ordenan los artículo 209⁶⁰ y 269⁶¹ de la Constitución Política de 1991.

3.1. Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico

Las comisiones de regulación nacen como entidades a quien el presidente les delega la facultad de señalar las políticas generales de administración y control de los servicios públicos. En ese sentido la Ley 142 de 1994 estableció distintas comisiones de regulación, para ejercer estas funciones de acuerdo a los distintos servicios públicos domiciliarios existentes. La Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico-CRA tiene a su cargo el servicio público domiciliario de aseo. Las funciones de esta comisión están enfocadas en los aspectos regulatorios del servicio de aseo, en ese sentido el artículo 73 indica lo siguiente:

Las comisiones de regulación tienen la función de regular los monopolios en la prestación de los servicios públicos, cuando la competencia no sea, de hecho, posible; y, en los demás casos, la de promover la competencia entre quienes presten servicios públicos, para que las operaciones de los monopolistas o de los competidores sean económicamente eficientes, no impliquen abusos de la posición dominante, y produzcan servicios de calidad. (...)⁶²

Es decir, la CRA tiene una naturaleza regulatoria del mercado, cuyo objetivo principal es que el servicio público de aseo se desarrolle dentro de las reglas de juego establecidas constitucional y legalmente, igualmente se encarga de establecer parámetros en la prestación del servicio, por ejemplo, en aspectos tarifarios, condiciones del servicio, etc. En el marco de las funciones generales de la CRA, la Ley le otorga, entre otras, las siguientes facultades y competencias:

⁶⁰ ARTICULO 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.

⁶¹ ARTICULO 269. En las entidades públicas, las autoridades correspondientes están obligadas a diseñar y aplicar, según la naturaleza de sus funciones, métodos y procedimientos de control interno, de conformidad con lo que disponga la ley, la cual podrá establecer excepciones y autorizar la contratación de dichos servicios con empresas privadas colombianas.

⁶² COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 142. (11, julio, 1994). Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones.

(...)73.3. Definir los criterios de eficiencia y desarrollar indicadores y modelos para evaluar la gestión financiera, técnica y administrativa de las empresas de servicios públicos (...)

73.4. Fijar las normas de calidad a las que deben ceñirse las empresas de servicios públicos en la prestación del servicio.

73.9. Resolver, a petición de cualquiera de las partes, los conflictos que surjan entre empresas, y que no corresponda decidir a otras autoridades administrativas, acerca de quién debe servir a usuarios específicos, o en qué regiones deben prestar sus servicios. (...)

73.10. Dar concepto sobre la legalidad de las condiciones uniformes de los contratos de servicios públicos que se sometan a su consideración; y sobre aquellas modificaciones que puedan considerarse restrictivas de la competencia. (...)

73.11. Establecer fórmulas para la fijación de las tarifas de los servicios públicos (...)

73.18. Pedir al Superintendente que adelante las investigaciones e imponga las sanciones de su competencia, cuando tenga indicios de que alguna persona ha violado las normas de esta Ley. (...)⁶³

Las funciones citadas son una muestra del tipo de funciones que tiene la Comisión, ni estas ni el resto de funciones permiten afirmar que existe una sola función de la Comisión que tenga por objetivo vigilar la administración de los recursos que financian la prestación del servicio de aseo, es decir, las tarifas. En el mejor de los casos, existen funciones que tienen como objetivo proteger a los usuarios, pero en el marco de garantizar la libre competencia y tarifas acordes a estándares de competencia, pero esta garantía; en últimas; genera mejoramiento del servicio y tarifas más bajas, pero no posibilidad de cuestionar o reprochar por parte de la CRA los comportamientos administrativos o gerenciales frente a los recursos excedentarios de tarifas.

3.2. Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios

Esta entidad también adquiere sus funciones del Presidente de la República⁶⁴. La Superintendencia tiene por función principal la vigilancia de las personas que se

⁶³ *Ibíd.*

⁶⁴ *Ibíd.* Art.75

dedican a prestar los servicios públicos domiciliarios⁶⁵. Esto marca una diferencia con la CRA, en cuanto a que la anterior dirige su vigilancia al mercado de los servicios públicos y mantener las reglas de juego, mientras que la Superintendencia vigila concretamente conductas y comportamientos realizados por los prestadores de los servicios públicos domiciliarios, incluyendo el de aseo.

Haciendo el mismo ejercicio de revisión de las funciones propias de esta superintendencia, no se encuentra una norma que habilite a esta entidad para vigilar la administración de recursos excedentarios de tarifas. Dicho lo anterior, no se reproducirán las funciones legales de la Superintendencia en este trabajo, en cambio se citarán las sanciones que podrá imponer cuando una persona prestadora de servicios públicos domiciliarios incumpla alguna de las normas a la que están sujetas, las cuales están establecidas por el artículo 81, así:

81.1. Amonestación.

81.2. Multas hasta por el equivalente a 2000 salarios mínimos mensuales. (...)

81.3. Orden de suspender de inmediato todas o algunas de las actividades del infractor, y cierre de los inmuebles utilizados para desarrollarlas.

81.4. Orden de separar a los administradores o empleados de una empresa de servicios públicos de los cargos que ocupan; y prohibición a los infractores de trabajar en empresas similares, hasta por diez años.

81.5. Solicitud a las autoridades para que decreten la caducidad de los contratos que haya celebrado el infractor, cuando el régimen de tales contratos lo permita, o la cancelación de licencias, así como la aplicación de las sanciones y multas previstas pertinentes.

81.6. Prohibición al infractor de prestar directa o indirectamente servicios públicos, hasta por diez años.

81.7. Toma de posesión en una empresa de servicios públicos, o la suspensión temporal o definitiva de sus autorizaciones y licencias, cuando las sanciones previstas atrás no sean efectivas o perjudiquen indebidamente a terceros. (...)⁶⁶

Revisadas las disposiciones contentivas de las funciones y sanciones de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, frente a los prestadores de los servicios públicos domiciliarios, no se identifica un mecanismo diseñado para ejercer la vigilancia sobre la ejecución de los recursos excedentarios de tarifas. No

⁶⁵ *Ibíd.* Art.79

⁶⁶ *Ibíd.* Art. 81.

obstante, no evidenciarse ninguna función o potestad a cargo de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, que sea un mecanismo idóneo para ejercer vigilancia sobre la administración de los recursos excedentarios de tarifas de manera específica, existen pronunciamientos judiciales, que afirman la capacidad y el papel que juegan las Superintendencias, dentro del marco de sus funciones, en la salvaguardia de la correcta gestión de recursos públicos. En ese sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional al indicar lo siguiente:

“(…) por conducto de las Superintendencias, en ejercicio de la función de inspección, vigilancia y control sobre ciertas actividades, como la salud, los servicios públicos, entre otras. En ejercicio de sus competencias, tales entidades se encuentran facultadas para formular advertencias allí donde se constaten actuaciones que puedan comprometer la adecuada realización de estas actividades y la adecuada gestión de recursos públicos que a ellas se destinan.”⁶⁷

En consecuencia, la Corte Constitucional avala la función de vigilancia sobre la ejecución de recursos públicos, incluyendo a aquellos que están relacionados con la prestación de los servicios públicos, de manera preventiva. Sin embargo, las actuaciones por parte de Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, tienen un carácter sancionatorio que, incluso, bajo el caso de que dentro de sus competencias existiera la posibilidad de vigilar los recursos excedentarios de tarifas o cualquier recurso público, la consecuencia del mal manejo de estos recursos correspondería a una sanción, que termina afectando al sancionado, pero no beneficia a los usuarios que es donde radica la construcción de todo el esquema del servicio público domiciliario de aseo y el objetivo principal de los recursos excedentarios de tarifas.

4. El Control Fiscal Como Mecanismo Idóneo Para Vigilar Los Recursos Excedentarios de Tarifas de Aseo

Después de hacer una revisión de las funciones y facultades a disposición de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico y de la Superintendencia de Servicios Públicos para ejercer la vigilancia y la regulación del servicio público domiciliario de aseo y evidenciar que ninguna resulta efectiva o resulta ser la indicada para ejercer vigilancia sobre los recursos excedentarios de tarifas del servicio, se procederá a presentar la alternativa propuesta en este trabajo. El objetivo de este capítulo es hacer una exposición de las Contralorías en el marco

⁶⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-103 de 2015. MP. María Victoria Calle Correa.

del ejercicio del control fiscal, para esclarecer porque se propone a estas entidades como las idóneas para vigilar o controlar la administración de estos recursos.

Es necesario advertir lo siguiente, cuando se hizo el recuento de las funciones de los entes de control del servicio público de aseo, se afirmó que no existían normas que habilitaran a ninguno de los dos organismos para efectuar la vigilancia de estos recursos. De igual modo, dentro de las funciones de las Contralorías tampoco existen normas expresas referentes a ejercer el control sobre los recursos excedentarios de tarifa, por el contrario, la propuesta práctica que resultará de este trabajo es una proposición normativa en la cual se habilite expresamente que las Contralorías deben ejercer el control fiscal sobre estos recursos.

¿Por qué no se propone lo mismo con alguna de las dos entidades de control del servicio público de aseo? La respuesta es que el análisis realizado no solo corresponde a que exista una función expresa respecto de la vigilancia de estos recursos, sino que las entidades tengan la vocación o que en la naturaleza de sus funciones posea herramientas necesarias para ejercer control o vigilancia sobre administración de recursos económicos, en el caso estudiado, de los recursos excedentarios de tarifas del servicio de aseo. Lo cual, como se dijo en el capítulo anterior, no la poseen ni la CRA, ni la Superintendencia.

Otra duda que surge corresponde a cuál es la necesidad u objetivo de este trabajo, si anteriormente se dijo que la Contraloría General de la República ejerció el control fiscal y abrió procesos de responsabilidad fiscal por la administración de recursos de tarifas excedentarios del servicio de aseo. Los procesos de responsabilidad fiscal son procesos que se desarrollan en sede administrativa, en consecuencia, todas las actuaciones procesales efectuadas por las Contralorías corresponden a actos administrativos, los cuales son susceptibles de impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa⁶⁸. En consecuencia, el hecho de que las Contralorías ejerzan control fiscal sobre estos recursos no exime que, en un futuro en sede judicial, sea rechazada la competencia de las Contralorías para vigilar estos recursos⁶⁹.

4.1. Contralorías y el Control Fiscal

Lo primero es explicar porque se ha venido haciendo alusión a “Las Contralorías” y no a la Contraloría General de la República de manera específica o de manera singular. La razón es que en Colombia no existe una única Contraloría responsable

⁶⁸ AMAYA, Uriel. Teoría de la Responsabilidad Fiscal, Aspectos sustanciales y procesales. Bogotá. Universidad Externado. 2009. p.105

⁶⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-189 de 1998. MP. Alejandro Martínez Caballero.

de ejercer el control fiscal, por el contrario, la labor de ejercer este control está disipada alrededor del país. El artículo 267 de la Carta Política establece que *“El control fiscal es una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación”*. Por su parte, la Ley 42 de 1993 en su artículo 65, establece que *“Las contralorías departamentales, distritales y municipales realizan la vigilancia de la gestión fiscal en su jurisdicción de acuerdo a los principios, sistemas y procedimientos establecidos en la presente ley”*.

Así pues, la Contraloría General de la República ejerce el control fiscal frente a los recursos de la Nación, las Contralorías Departamentales frente a los recursos de carácter departamental y las Contralorías Municipales sobre los recursos de carácter municipal. Es decir, existen jurisdicciones frente al ejercicio del control fiscal de acuerdo al origen de los recursos públicos sobre los cuales se este ejerciendo. A pesar de lo anterior, existe la figura del control fiscal excepcional, la cual permite que la Contraloría General de la República ejerza el control fiscal sobre los recursos de carácter territorial, sin perjuicio del control fiscal que deben realizar las Contralorías territoriales, de acuerdo a lo que establece la Ley 42 de 1993⁷⁰.

En ese sentido, Colombia tiene un control fiscal ejercido por distintas entidades, cada cual en una jurisdicción distinta. No obstante, esto no merece una atención mayor a la aclaración realizada para efectos de este trabajo, ya que la naturaleza y las funciones respecto del ejercicio del control fiscal de todas las Contralorías coinciden.

Conforme a lo definido en las dos normas citadas, el primer elemento que surge dentro de la función de las Contralorías es el de vigilar la gestión fiscal. En ese sentido se citarán tres acercamientos al concepto de gestión fiscal, a través de una definición doctrinaria, un pronunciamiento jurisprudencial al respecto y la definición legal.

(...) el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales. En los casos excepcionales, previstos por la ley, la Contraloría podrá ejercer control posterior sobre cuentas de cualquier entidad territorial.”⁷¹

⁷⁰ Artículo 269.- La Contraloría General de la República podrá ejercer control posterior, en forma excepcional, sobre las cuentas de cualquier entidad territorial, sin perjuicio del control que les corresponde a las contralorías departamentales, y municipales, en los siguientes casos:

a) A solicitud del gobierno departamental, distrital o municipal, de cualquier comisión permanente del congreso de la República o de la mitad más uno de los miembros de las corporaciones públicas territoriales.
b) A solicitud de la ciudadanía, a través de los mecanismos de participación que establece la Ley.

⁷¹ AMAYA, Uriel. Fundamentos Constitucionales del Control Fiscal. Bogotá: Ediciones Umbral, 1996.

“La gestión fiscal de la administración se inicia con los actos de adquisición o integración de un patrimonio del Estado que se destina a satisfacer las necesidades del servicio público; prosigue con los actos propios de su conservación, mejora y explotación; y concluye con la afectación, disposición o inversión de los bienes muebles o inmuebles que de él hacen parte, para el mismo fin que le dio origen, y lo justifica⁷²

Para los efectos de la presente ley, se entiende por gestión fiscal el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales.”⁷³

Dadas estas tres definiciones acerca de qué significa la gestión fiscal, la conclusión a la que se puede llegar, es que la gestión fiscal no es más que la administración de recursos, dentro de los cuales se incluyen, recursos monetarios, bienes, recursos naturales, entre otros. Así mismo, la gestión fiscal también tiene una vinculación con los servicios públicos, ya que el fin de la gestión fiscal es en general el servicio público⁷⁴, o sea, la gestión fiscal repercute en el objetivo de satisfacer el servicio público, recordando la concepción del Estado como ente prestador de servicios públicos.

Ahora bien, la gestión fiscal corresponde a lo anteriormente descrito, le corresponde a las Contralorías ejercer el control fiscal, sobre las actividades que desarrolla el gestor fiscal, es decir vigilar. Cuando a raíz del control fiscal se identifica una gestión fiscal inadecuada y en consecuencia de esto se afecta el patrimonio público, existe responsabilidad fiscal por parte del gestor fiscal de los recursos. La existencia de este tipo de responsabilidad, obliga al gestor a resarcir el daño generado o el menoscabo de los recursos administrados. El consejo de Estado ha definido la responsabilidad fiscal así:

⁷² COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 24 de febrero de 1977. MP. Eustorgio Sarria.

⁷³ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 610. (15, agosto,2000). Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías. Art.3º.

⁷⁴ SANCHEZ TORRES, Carlos Ariel. Responsabilidad Fiscal y Control del Gasto público. Bogotá D.C. Editorial Universidad del Rosario. 2004, P.68.

Consiste en la obligación de reintegrar al patrimonio público los valores correspondientes a todas las pérdidas, mermas o deterioros que se hayan producido como consecuencia de la acción u omisión(...) de las personas encargadas de la recaudación, manejo o inversión de dineros públicos o de la custodia o administración de bienes del Estado(...)⁷⁵

En concordancia con la definición del Consejo de Estado, se puede concluir que los procesos de responsabilidad fiscal son meramente patrimoniales, ya que su objetivo no es otro que el resarcimiento de la disminución generada a los recursos administrados.⁷⁶

Respecto a la labor que realizan las Contralorías de control fiscal no solo corresponde a una labor contable, de acuerdo al artículo 267 de la Constitución en su inciso 3º establece que la *“vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, fundados en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales”*⁷⁷.

Todo este ejercicio de vigilancia y control fiscal ejercido por las Contralorías, se efectúa a través de procesos de responsabilidad fiscal, que consiste en *“el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las Contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado.”*

4.2. Pronunciamientos Judiciales y Normatividad que Coadyuvan la Viabilidad de la Propuesta

Dentro de las normas citadas, correspondientes a definir la naturaleza y el objeto del control fiscal y los procesos de responsabilidad fiscal, se reitera que los recursos sobre los cuales tienen competencia las Contralorías son aquellos cuya titularidad están en la Nación o en los entes territoriales, en consecuencia, las normas se refieren a estos como “recursos públicos”, “patrimonio del Estado”, “fondos o bienes de la Nación”. Sin embargo, la naturaleza pública de los recursos excedentarios de tarifas no es determinada ni a través de normas de carácter general o actos administrativos provenientes de entes reguladores, tales como la CRA. Lo anterior

⁷⁵ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE CONSULTA. Concepto 3 de octubre de 1995. CP. Javier Henao Hidrón.

⁷⁶ AMAYA, Uriel. Teoría de la Responsabilidad Fiscal. Aspectos sustanciales y procesales. Op. Cit., p. 102.

⁷⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-167 de 1995. MP. Fabio Morón Díaz.

genera que uno de los tropiezos más evidentes que tendría aseverar que estos recursos son susceptibles de control fiscal y que por ende quien administre los recursos podrá ser objeto de un proceso de responsabilidad fiscal, es que no existe norma expresa que señale la naturaleza pública de estos recursos.

Esto se pudo evidenciar en el Proceso de Responsabilidad Fiscal 038 de 2012, referenciado anteriormente, en el cual uno de los argumentos que salen a flote dentro de la defensa de uno de los presuntos responsables, es la falta de competencia de la Contraloría General de la República en la vigilancia de estos recursos. Para ilustrar lo anterior, se trae a colación un aparte de un escrito de descargos presentado por el abogado URIEL ALBERTO AMAYA, quien ha escrito diversas publicaciones y libros acerca de la responsabilidad fiscal, dos de los cuales se citan en este trabajo. Observando que los recursos excedentarios de tarifa, se generan dado que el usuario paga más de lo que se les remunera a los operadores, el Dr. AMAYA realiza los siguientes cuestionamientos en su escrito de descargo frente a Auto de Imputación de Responsabilidad Fiscal No. 2086 de 2016 dentro del proceso referido:

¿Si los excedentes resultaron de un pago en exceso de lo debido realizado por los usuarios, y han debido devolverse a dichos usuarios, porqué dichos excedentes son recursos públicos y no recursos de los usuarios? (...)

(...) ¿Si los excedentes no debían haberse generado y se generaron porque la UAESP como entidad tarifaria local no ajustó las tarifas y, en consecuencia, los usuarios se vieron obligados a hacer un pago en exceso de lo debido, porqué la UAESP es la titular de dichos recursos? (...)

(...) Lo pagado en exceso de lo debido por los usuarios de un servicio público domiciliario no prestado por el Estado pertenece al patrimonio del Estado? (...)

(...) Es legítimo que el patrimonio de una entidad pública o el patrimonio público en general se incremente por vía indemnizatoria en razón de la conducta irregular de sus agentes en virtud de la cual se obligó a los usuarios de un servicio público al pago de tarifas en exceso de lo debido? (...)

(...) Para la Contraloría es lo mismo patrimonio público qué recursos de los usuarios o del público? (...)⁷⁸

Estos interrogantes no han sido respondidos por un órgano de cierre, es decir no existe pronunciamiento judicial en el cual se afirme o se niegue la competencia de las Contralorías para ejercer el control fiscal sobre los recursos excedentarios de

⁷⁸ AMAYA, Uriel. Escrito de descargo dentro frente al Auto de Imputación 1286 de 2016, dentro del Proceso de Responsabilidad Fiscal No. 038-2012, en la Contraloría General de la República.

tarifas del servicio de aseo. Entre otras cosas, porque hasta el momento solo existe un solo fallo en el cual se declare la responsabilidad fiscal de unos sujetos, en ocasión a la inadecuada gestión fiscal sobre los recursos de tarifas, este fallo corresponde al proferido mediante Fallo 1348 de agosto de 2017⁷⁹ correspondiente a los recursos excedentes de tarifas del esquema del servicio de aseo Bogotá 2003-2011. Este fallo fue proferido por un Contralor Delegado, adscrito a la Unidad de Investigaciones Especiales Contra la Corrupción de la Contraloría General de la República.

Adicionalmente, el Fallo 1348 de agosto de 2017 fue confirmado, dada su competencia como segunda instancia, por el Contralor General de la República mediante el Auto 275 del 9 de octubre de 2017 *“Por el cual se resuelve grado de consulta y apelación dentro del proceso de responsabilidad fiscal No. UCC-PRF-038-2012”*. Tanto el fallo en primera instancia, como la decisión del Contralor General de la República, recogen los mismos argumentos respecto a la competencia para ejercer el control fiscal sobre estos recursos excedentarios de tarifas. Al respecto el Contralor General señala:

Los usuarios al pagar las tarifas de aseo pierden la titularidad de tales recursos, quedando en cabeza de la UAESP como contratante del servicio de aseo que debe garantizar la financiación de dicho servicio; pues los recursos de tarifas de aseo, tienen como destinación específica, financiar la prestación de los diferentes componentes del servicio de aseo, *mutatis mutandi* otros recursos públicos como los parafiscales, no pueden apropiarse en el patrimonio, ni incorporarse en el presupuesto de la entidad pública que dirige y garantiza la prestación del servicio.⁸⁰

En el mismo sentido, el Auto proferido por el Contralor General de la República afirma que no es necesario que dichos recursos hagan parte del presupuesto de la autoridad distrital encargada del servicio, para que sea viable el ejercicio del control fiscal sobre los recursos excedentarios de tarifa, así como la necesidad de que la administración de estos recursos tenga como únicos beneficiarios a los usuarios del servicio de aseo, bajo este argumento la decisión indica lo siguiente:

(...) pues como se ha reiterado los recursos de las tarifas de aseo tienen una destinación específica, lo que implica que solo podían ser invertidos en aquellas actividades relacionadas con la prestación del servicio de aseo, sin que la UAESP como garante de la prestación del servicio pudiera apropiarse

⁷⁹ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Fallo 1348 del 10 de agosto de 2017. Por el cual se profiere fallo dentro del trámite del Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal número PRF-038-2012.

⁸⁰ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPUBLICA. Fallo Segunda Instancia 275 del 9 de octubre de 2017. Por el cual se resuelve grado de consulta y apelación dentro del proceso de responsabilidad fiscal No. UCC-PRF-038-2012. P.31

de estos y destinarlos para el desarrollo de actividades propias de su administración y funcionamiento.

Así mismo resulta equivocado plantear que los contratos celebrados, brindaron un beneficio para la UAESP, comoquiera que los únicos beneficiarios de los excedentes de las tarifas del servicio de aseo son los usuarios y no esta última.⁸¹

A pesar de lo anterior, si existen pronunciamientos por parte de órganos jurisdiccionales como el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, que, a pesar de no habilitar el control fiscal sobre los recursos en mención, si han tenido pronunciamientos que coadyuvarían a indicar que es posible que esta competencia se habilite a través de leyes de manera expresa, sin que esto vaya en contra del orden constitucional o legal.

Por ejemplo, el Consejo de Estado se ha pronunciado acerca de recursos de tarifas del servicio de aseo, como sigue:

En el presente caso, la Sala no tiene duda de que los bienes o recursos originados en la prestación del servicio público de aseo, mientras no ingresen por concepto de remuneración a un particular por sus actividades relacionadas con tales servicios, son fondos públicos del Distrito Capital, en razón de que se trata de servicios públicos cuya prestación está en cabeza de esa entidad territorial, sin perjuicio de que para ello utilice el concurso de los particulares, que para el efecto se da mediante el contrato de concesión aludido en el plenario, por tanto, los ingresos recibidos vienen a constituir el medio por el cual el Estado, en este caso, el Distrito Capital, efectúa la remuneración a dichos particulares, de suerte que, mientras no se realice el pago, los dineros que se reciban de los usuarios para tal fin son fondos públicos.⁸²

Este pronunciamiento de la jurisdicción contenciosa, tiene limitaciones, primero que todo los fundamentos facticos no corresponden a los descritos en este trabajo en el ejemplo del esquema de aseo Bogotá 2003-2011, ya que los recursos sobre los que se pronuncia el Consejo de Estado no corresponden a recursos de tarifa excedentarios y no corresponden a recursos generados bajo esquemas de áreas de servicio exclusivo. Pero, se sostuvo anteriormente que los principios y criterios tarifarios eran transversales a todos los recursos provenientes de tarifas, en este entendido los fundamentos facticos correspondientes al esquema adoptado para

⁸¹ *Ibíd.* P.145

⁸² COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de noviembre 29 de 2001, expediente con radicación número 25000-23-24-000-1999-0377-01 (6618)

prestar el servicio, no genera que se desconozcan los criterios de eficiencia económica y suficiencia financiera y por tanto quien en administración de recursos de tarifas desconozca estos criterios, estaría realizando una gestión fiscal inadecuada generadora de responsabilidad fiscal, sean excedentarios o no.

Por su lado la Corte Constitucional también ha esclarecido meridianamente el asunto, sin embargo, esto ha sido a través de una providencia de trámite, como lo es el Auto 240 de 2011, el cual estableció lo siguiente:

(...) los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado, que estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley y que podrán ser prestados por este último o por particulares, pero que en todo caso el control y la vigilancia de dichos servicios permanecerá en cabeza del Estado. (...) son sujetos de control fiscal y que, en este sentido, el manejo de los dineros correspondientes a las tarifas de los servicios públicos de aseo dan lugar a que la Contraloría General de la República ejerza sus funciones sobre los particulares que presten tales servicios⁸³

En el caso estudiado en esta providencia de trámite sí se hace referencia a tarifas bajo esquemas de áreas de servicio exclusivo, sin embargo, no se refiere a recursos excedentarios, esto aunado a el carácter de trámite que tiene dicha providencia que no permite establecer una regla de derecho a partir de este, ni crea precedente jurisprudencial. A pesar de lo anterior, se puede reafirmar que todos los recursos provenientes de tarifas están sometidos a los mismos criterios, por lo tanto, la administración de estos tiene el mismo objetivo y debe regirse bajo los mismos parámetros. Es decir, todos los recursos de tarifas están destinados a recuperar costos de la prestación del servicio y cubrir las utilidades a las que tienen derecho los operadores del servicio, de tal manera que cualquier ejecución monetaria que no persiga este objetivo, se debe considerar una gestión fiscal ineficiente, ineficaz, inadecuada, que va en menoscabo de unos recursos de utilidad netamente pública y de destinación específica, que tienen por objeto garantizar un servicio de manera eficiente y generar beneficios al interés general.

Adicional a estos dos pronunciamientos jurisdiccionales que hacen mención y referencia a recursos de tarifas, existe otro caso en el ordenamiento jurídico colombiano que permitiría concluir que establecer de manera expresa en la ley, que las Contralorías son competentes para ejercer el control fiscal sobre estos recursos.

Según el artículo 88 del Código de Comercio colombiano, "*La Contraloría General de la República ejercerá el control y vigilancia del recaudo, manejo e inversión de*

⁸³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Tercera de Revisión integrada por los magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Juan Carlos Henao Pérez. Auto 240/11, noviembre 21 de 2011.

los ingresos de las cámaras de comercio, conforme al presupuesto de las mismas, previamente aprobado por la Superintendencia de Industria y Comercio (...)” esta norma hace referencia a los recursos que ingresan al presupuesto de las Cámaras de Comercio en ocasión de los servicios públicos prestados por estas entidades, tal como matrículas mercantiles, inscripción de actos, entre otras funciones públicas que ejercen las Cámaras de Comercio. En consecuencia, existen normas dentro del ordenamiento jurídico colombiano que avalan ejercer el control fiscal, sobre recursos tarifarios producto de la prestación de servicios públicos⁸⁴, aun si estos no pertenecen o no hacen parte del erario.

5. Conclusiones

Durante el desarrollo de este trabajo se abordaron diversos temas, cada uno vinculado con el otro, de manera que fuera posible exponer las razones que llevan a proponer a las Contralorías como los entes idóneos para ejercer la vigilancia del manejo de los recursos excedentarios de tarifas del servicio de aseo.

Así las cosas, se inició haciendo una breve exposición sobre la concepción de los servicios públicos en Colombia a partir de la Constitución de 1991, esto con el fin de mostrar lo fundamental que es para el Estado garantizar la prestación de los servicios público, hasta el punto que es una función inherente a la existencia del Estado mismo. El objeto de este capítulo es demostrar que cualquier gestión, ya sea en cuanto a la prestación del servicio o del manejo de los recursos que financian el servicio, repercute directamente en la consecución de los fines del Estado.

Posteriormente, se expuso a rasgos generales el régimen legal del servicio público domiciliario de aseo, incluyendo los esquemas bajo los cuales se puede prestar este servicio público domiciliario, haciendo énfasis en el esquema de áreas de servicio exclusivo. Este punto, es de gran relevancia para exponer de qué forma se generan los recursos de tarifas, los cuales son la fuente de financiación del servicio y adicionalmente la explicación del esquema de ASE, es fundamental para entender porque se generan unos recursos excedentarios dentro de la prestación del servicio.

Una vez explicado que los recursos de tarifas provienen de los pagos generados por los usuarios del servicio y que los recursos excedentarios de tarifas se generan a raíz de la forma en la que se garantiza la libre competencia dentro de los esquemas de áreas de servicio exclusivo, se procedió a analizar los criterios

⁸⁴ CONSEJO DE ESTADO SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL Consejero ponente: JAVIER HENAO HIDRON Santafé de Bogotá, D. C, dieciséis (16) de diciembre de mil novecientos noventa y tres (1993). Radicación número: 566

tarifarios. A través de los criterios tarifarios se definió que los recursos de tarifas están destinados únicamente a cubrir los costos asociados con el servicio y la utilidad de los operadores que lo prestan, una vez cubiertos estos costos, cuando el esquema se presta bajo ASE, los recursos sobrantes corresponden a los excedentarios de tarifa. Estos recursos se rigen bajo los mismos criterios tarifarios, en consecuencia, tienen destinación específica para cubrir los costos asociados al servicio, lo que genera menor cobro de tarifas a los usuarios.

La primera conclusión que generan los temas mencionados hasta el momento, es que la gestión o administración sobre estos recursos repercuten directamente sobre la eficiencia y eficacia del servicio público de aseo, lo que en últimas genera, que una mala gestión sobre estos recursos sea inconveniente para la consecución de los fines esenciales del Estado. En ese sentido, si no existe control sobre la administración de estos recursos, el Estado estaría desechando su competencia para vigilar las actividades de administración de recursos cuya destinación son de utilidad pública y recursos que tienen como objetivo financiar actividades inherentes al Estado.

Ahora bien, dentro del análisis realizado, efectivamente se pudo evidenciar que no existe norma expresa o pronunciamiento judicial que determine qué entidad estatal tenga la potestad de vigilar estos recursos excedentarios de tarifas. Que incluso, existen posiciones que sostienen que el Estado no debería tener competencia para hacerlo, dado que dichos recursos no corresponden a recursos de la nación o de alguna entidad estatal. Así mismo, se estudiaron las funciones de las diferentes autoridades de control y vigilancia del servicio público de aseo y se determinó que en estas no hay herramientas para vigilar estos recursos.

Por el contrario, analizadas las competencias de las Contralorías en Colombia y las herramientas legales con las que cuenta para ejercer sus funciones, tiene la total capacidad de ejercer vigilancia sobre estos recursos excedentarios de tarifas, dado que la naturaleza de sus funciones es hacer un control sobre la gestión de recursos. Esto a través de procesos de responsabilidad fiscal, tan cierto es esto, que se mencionó un proceso de responsabilidad fiscal adelantado por la Contraloría General de la República, en el cual se evidenció cuánto dinero correspondiente a recursos excedentarios de tarifas se generaron entre las vigencias 2003-2011, así como cuál fue la destinación que tuvo parte de ese dinero y quienes ejercieron la administración de estos recursos. Lo cual lleva a la conclusión de que efectivamente las Contralorías son los entes idóneos para ejercer el control fiscal de estos recursos.

Además, que, para evitar desgaste procesal dentro del ejercicio de sus funciones, en cuanto al debate frente a su competencia, es necesario que se desarrolle una norma legal que avale de manera expresa y determine que la administración de los

recursos excedentarios de tarifas generados en el marco de la prestación de servicios de aseo en esquemas de área de servicio exclusivo, será objeto de control fiscal por parte de las Contralorías.

Por último, se evidenció que, aunque no existen pronunciamientos judiciales de cierre, que se pronuncien acerca de la propuesta que aquí se formula y tampoco normas al respecto, más allá de lo establecido por la CRA en los actos administrativos propios de sus funciones, tampoco existen pronunciamientos que indiquen que la propuesta presentada sea contraria a la ley.

Teniendo en cuenta que el principal argumento en contra, es que el control fiscal solo se ejerce sobre recursos públicos y que por no pertenecer a ningún presupuesto y su titularidad no estar en cabeza de alguna entidad estatal, los recursos excedentarios de tarifas no son públicos, existe normatividad análoga, que indicaría que no obstante la naturaleza pública o no de estos recursos, pueden ser objeto de control fiscal.

Bibliografía

AMAYA, Uriel. Teoría de la Responsabilidad Fiscal, Aspectos sustanciales y procesales. Bogotá. Universidad Externado. 2002. 688 p.

---. Fundamentos Constitucionales del Control Fiscal. Bogotá: Ediciones Umbral, 1996. 511 p.

---. Escrito de descargo dentro frente al Auto de Imputación 1286 de 2016 dentro del Proceso de Responsabilidad Fiscal No. 038-2012. 2016.

AYALA CALDAS, Jorge Enrique. Elementos Teóricos de los Servicios Públicos Domiciliarios. Bogotá. Ed. Doctrina y Ley. 1996, 182 p.

BARRERA CARBONELL, Antonio. Regulación en Servicios Públicos. En: Revista de Derecho Público. Universidad de los Andes. Bogotá. 2000, No. 11, p. 19-26.

BARRETO, Antonio. La Estructura Reguladora del Servicio Público Domiciliario de Aguas, Mas Allá del Enfoque Mercantil. En: El Estado Regulador. Ediciones Uniandes. Bogotá, 2016. P. 75-97.

---. Orígenes de la Privatización Reciente de los Servicios Públicos. En: El Derecho Público y los Veinte Años de la Constitución Política de 1991. Ediciones Uniandes. Bogotá, 2013. P.163-212.

BOTERO, Sandra. La Reforma Constitucional de 1936, El Estado y las Políticas Sociales en Colombia. En: Anuario Colombiano de Historia Social y de la Cultura. Bogotá D.C. 2006. No. 33, p.85-109.

BOGOTÁ. UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS- UAESP. Recuento Historico: De la Edisa a la UAESP. 2010. Disponible en internet: http://www.uaesp.gov.co/uaesp_io/images/documentos/estamos_de_acuerdo.pdf [Citado 14 de noviembre de 2017]

CARDENAS URIBE, Julio. Contratos en el Sector de los Servicios Públicos Domiciliarios. Bogotá D.C. Universidad Externado de Colombia. 2003. 172 p.

COLOMBIA. COMISIÓN DE REGULACIÓN DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BÁSICO-CRA. Resolución 235. (7, noviembre,2002). Por la cual se decide solicitud de verificación de motivos que permitan la inclusión de cláusulas de áreas de servicio exclusivo en los contratos que suscriba el Distrito Capital de Bogotá para conceder el servicio de aseo. Disponible en internet: https://tramitesccu.cra.gov.co/normatividad/Admon1202/files/Resoluci%C3%B3n_235_de_2002.pdf [Citado el 14 de noviembre de 2017]

---. Resolución 541. (9, febrero,2011). Por la cual se decide la solicitud de verificación de la existencia de motivos que permitan la inclusión de cláusulas de áreas de servicio exclusivo en los contratos de concesión que se suscriban para la prestación del servicio público de aseo en Bogotá, Distrito Capital. Disponible en internet: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=43374> [Citado el 14 de noviembre de 2017]

---. Resolución 786. (27, febrero, 2017). Por la cual se resuelve la solicitud de verificación de motivos para la inclusión de cláusulas de áreas de servicio exclusivo en los contratos que se suscriban para la prestación del servicio público de aseo en el Distrito Capital para las actividades de comercialización, recolección, transporte, barrido y limpieza de vías y áreas públicas, corte de césped, poda de árboles, lavado de áreas públicas, instalación y mantenimiento de cestas.

COLOMBIA. Constitución Política de 1991.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 65. (31, marzo, 1936). Por la cual se dictan normas sobre abastecimiento de agua potable a los municipios de la República y se conceden unas autorizaciones al Gobierno Nacional. Disponible en internet: <http://www.suin-juricol.gov.co/viewDocument.asp?id=1616588> [Citado el 14 de noviembre de 2017]

---. Ley 107. (8, septiembre, 1938). por la cual se provee a la construcción de los alcantarillados del país. Disponible en internet: <http://www.suin-juricol.gov.co/viewDocument.asp?id=1641912> [Citado el 14 de noviembre de 2017]

---. Ley 126. (26, octubre, 1938). Sobre suministro de luz y fuerza eléctricas a los Municipios, adquisición de empresas de energía eléctrica, de teléfonos y de acueductos e intervención del Estado en la prestación de los servicios de las mismas empresas. Disponible en internet: http://www.icbf.gov.co/cargues/avance/docs/ley_0126_1938.htm [Citado el 14 de noviembre de 2017]

---. Ley 142. (11, julio, 1994). Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones. Disponible en internet: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=2752> [Citado el 14 de noviembre de 2017]

---. Ley 689. (28, agosto,2001). Por la cual se modifica parcialmente la Ley 142 de 1994. Disponible en internet: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4633> [Citado el 14 de noviembre de 2017]

---. Ley 610. (15, agosto,2000). Por la cual se establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías. Disponible en internet:

<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=5725> [Citado el 14 de noviembre de 2017]

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE CONSULTA. Concepto 3 de octubre de 1995. RAD. 732 CP. Javier Henao Hidrón.

---. Concepto 16 de diciembre de 1993. RAD 566. CP Javier Henao Hidron

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN TERCERA. Sentencia 30 de junio de 2011. CP. Ruth Stella Correa. RAD. 11001-03-26-000-2005-00067-00(32018).

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. SECCIÓN PRIMERA. sentencia de noviembre 29 de 2001. CP. Manuel Urueta Ayola. RAD. 25000-23-24-000-1999-0377-01 (6618).

COLOMBIA. CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Auto 000224. (11, noviembre, 2012). Mediante el cual se cierra indagación preliminar número 001 de 2012 y se ordena la apertura del proceso ordinario de responsabilidad fiscal número UCC-PRF-038 de 2012.

---. Fallo 1348 del 10 de agosto de 2017. Por el cual se profiere fallo dentro del trámite del Proceso Ordinario de Responsabilidad Fiscal número PRF-038-2012.

---. Fallo Segunda Instancia 275 del 9 de octubre de 2017. Por el cual se resuelve grado de consulta y apelación dentro del proceso de responsabilidad fiscal No. UCC-PRF-038-2012.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. MP. Manuel Jose Cepeda. Sentencia C-150 de 2003.

---. M.P. Alejandro Martínez Caballero. Sentencia T-578 de 1992.

---. MP. Alejandro Martínez Caballero. Sentencia C-189 de 1998.

---. MP. Fabio Morón Díaz. Sentencia C-167 de 1995.

---. MP. Clara Inés Vargas. C-389 de 2002.

---. MP. Maria Victoria Calle. C-103 de 2015.

---. Sala Tercera de Revisión integrada por los magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Juan Carlos Henao Pérez. Auto 240/11, noviembre 21 de 2011.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. MP. Eustorgio Sarria. Sentencia. Sentencia del 24 de febrero de 1977.

COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Decreto 2981. (20, diciembre,2013). Por el cual se reglamenta la prestación del servicio público de aseo. Disponible en internet: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=56035> [Citado el 14 de noviembre de 2017]

---. Decreto 891. (7, mayo, 2002). Por el cual se reglamenta el artículo 9º de la Ley 632 de 2000. Art. 2. Disponible en internet: <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=5334> [Citado el 14 de noviembre de 2017]

COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA INDUSTRIA Y COMERCIO. Definición de Libre Competencia. Disponible en internet: <http://www.sic.gov.co/que-es-la-libre-competencia> [Citado el 14 de noviembre de 2017]

DONAHUE John. La decisión de privatizar: Fines públicos y medios privados. Barcelona. Paidós. 1991, 366 p.

DUSSÁN HITSCHERICH, Jorge. EL régimen de los servicios públicos domiciliarios. Bogotá D.C. Universidad Javeriana, 2005, 363 p.

GAZABÓN, Ana Carolina. La influencia de León Duguit en la reforma social de 1936 en Colombia. Bogotá D.C. Editorial Universidad del Rosario, 2015, 80 p.

LAMPREA MONTEALEGRE, Everaldo. Los Servicios Públicos en Colombia: Entre la Libertad de Mercado y la Intervención Estatal. En: Manual de Derecho Administrativo. Bogotá D.C. Ediciones Uniandes, 2009, 273 p.

MONTAÑA, Alberto. El Concepto de Servicio Público en Derecho Administrativo. Bogotá D.C. Universidad Externado de Colombia, 2005, p.138

RODRIGUEZ, Libardo. Derecho Administrativo, General y Colombiano. Bogotá D.C. Editorial Temis, 2011, 664 p.

SANCHEZ TORRES, Carlos Ariel. Responsabilidad Fiscal y Control del Gasto público. Bogotá D.C. Editorial Universidad del Rosario. 2004, 469 p.

SANCHEZ LUQUE, Guillermo. La Superintendencia de Industria y Comercio no es la Autoridad de Competencia en el Sector de los Servicios Públicos Domiciliarios. En: Con-texto Revista de Derecho y Economía. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2010, No. 32, p. 115-150.

VALLS HERNANDEZ, Sergio. La Noción del Servicio Público en el Estado Social de Derecho. En: Nuevo Derecho Administrativo. 2004. Disponible en internet: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2654/17.pdf> [Citado 14 de Noviembre de 2017]

Anexo

PROYECTO DE LEY No. _____ DE 2017

“Por medio del cual se agrega un Parágrafo al artículo 5º de la Ley 689 de 2001”

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA

DECRETA:

Artículo 1º.- El artículo 5º, de la Ley 689 de agosto 28 de 2001, quedará así:

“Artículo 5º. Modificase el artículo 50 de la Ley 142 de 1994 el cual quedará así:

Artículo 50. Control fiscal en las empresas de servicios públicos domiciliarios con participación del Estado. El incumplimiento a la sujeción a este reglamento será causal de mala conducta para los contralores departamentales, distritales y municipales. El control de las empresas de servicios públicos domiciliarios con participación estatal se ejercerá sobre los aportes y los actos o contratos que versen sobre las gestiones del Estado en su calidad de accionista. Para el cumplimiento de dicha función, la Contraloría competente tendrá acceso exclusivamente a los documentos que al final de cada ejercicio la empresa coloca a disposición del accionista en los términos del Código de Comercio para la aprobación de los estados financieros correspondientes.

Por tanto, el control se ejercerá sobre la documentación que soporte los actos y contratos celebrados por el accionista o socio estatal y no sobre la empresa de servicios públicos domiciliarios. Por razones de eficiencia, el Contralor General de la República podrá acumular en su despacho las funciones de las otras contralorías, de forma prevalente, mediante acto administrativo motivado, expedido con sujeción estricta a los alcances que concede el presente artículo y la ley de control fiscal en aquellos eventos en los que al menos uno de los socios o accionistas sea de los que están sujetos a su control”.

Parágrafo 1º. Las Contralorías Departamentales, Municipales y cuando haya lugar a control fiscal excepcional, la Contraloría General de la República, ejercen el control fiscal sobre la administración de los recursos excedentes de tarifas, que llegaren a existir en los diferentes sistemas de servicio público de aseo que se

estructuren en los diferentes municipios del país, bajo esquemas de áreas de servicio exclusivo. Se entiende por recursos excedentes de tarifas, los saldos que existan del recaudo de tarifas del servicio público de aseo, una vez se haya efectuado la retribución correspondiente a los prestadores del servicio.

Artículo 2º.- Vigencia y Derogatorias, La presente Ley rige a partir de su promulgación y Deroga las Normas que le sean contrarias.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Que el artículo 365 de la Constitución Política de 1991 establece que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado y que es su deber asegurar la prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

Que el artículo 2º de la Ley 142 de 1994 señala que el Estado intervendrá en los servicios públicos, en el marco de lo dispuesto en los artículos 334, 336 y 365 a 370 de la Constitución Política, para la ampliación permanente de la cobertura, mediante sistemas que compensen la insuficiencia de la capacidad de pago de los usuarios, la libertad de competencia

Que el artículo 5º de la Ley 142 de 1994 establece que es competencia de los municipios en relación con los servicios públicos, entre otras, asegurar que se presten a sus habitantes, de manera eficiente los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo, así como disponer el otorgamiento de subsidios a los usuarios de menores ingresos, con cargo al presupuesto del municipio, en los términos de la ley y de los reglamentos

Que el artículo 9º de la Ley 142 de 1994 estipula que es un derecho de los usuarios "La libre elección del prestador del servicio y del proveedor de los bienes necesarios para su obtención o utilización";

Que el artículo 9º de la Ley 632 de 2000 establece: *"Para la prestación de las actividades de recolección y transporte de los residuos ordinarios de grandes generadores, así como las de reciclaje, tratamiento, aprovechamiento, disposición final de los residuos y operación comercial, los municipios y distritos, responsables de asegurar su prestación, podrán aplicar el esquema de la libre competencia y concurrencia de prestadores del servicio, en los términos y condiciones que establezca el Gobierno Nacional;*

Para las actividades de recolección, transferencia y transporte de residuos generados por usuarios residenciales y pequeños productores, residuos patógenos y peligrosos, y para la limpieza integral de vías, áreas y elementos que componen

el amoblamiento urbano público, los municipios y distritos deberán asegurar la prestación del servicio, para lo cual podrán asignar áreas de servicio exclusivo, mediante la celebración de contratos de concesión, previa la realización de licitación pública, procedimiento con el cual se garantizará la competencia.

Parágrafo. Corresponde al Gobierno Nacional definir la metodología a seguir por parte de los municipios y distritos para la contratación del servicio público domiciliario de aseo"

Que de manera excepcional, el artículo 40 dispone que: "Por motivos de interés social y con el propósito de que la cobertura de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado, saneamiento ambiental, distribución domiciliaria de gas combustible por red y distribución domiciliaria de energía eléctrica, se pueda extender a las personas de menores ingresos, la entidad o entidades territoriales competentes, podrán establecer mediante invitación pública, áreas de servicio exclusivas, en las cuales podrá acordarse que ninguna otra empresa de servicios públicos pueda ofrecer los mismos servicios en la misma área durante un tiempo determinado. Los contratos que se suscriban deberán en todo caso precisar el espacio geográfico en el cual se prestará el servicio, los niveles de calidad que debe asegurar el contratista y las obligaciones del mismo respecto del servicio. También podrán pactarse nuevos aportes públicos para extender el servicio."

Que el artículo 87 de la Ley 142 de 1994 contiene los criterios orientadores del régimen tarifario, como son los de eficiencia económica, neutralidad, solidaridad, redistribución, suficiencia financiera, simplicidad y transparencia, los cuales se deben preservar bajo la modalidad de áreas de servicio exclusivo.

En virtud de los criterios orientadores del régimen tarifario, los recursos de tarifas tienen como objetivo que se garantice el funcionamiento y la prestación del servicio de aseo.

Al respecto la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico ha indicado que *"las tarifas deben permitir recuperar, únicamente, los costos económicos de prestar el servicio respectivo. Por ello la ley prevé que las fórmulas de tarifas garantizarán la recuperación de costos y gastos propios de operación, incluyendo la expansión, la reposición y el mantenimiento del servicio"*⁸⁵.

Cuando el sistema de servicio público de aseo se estructura bajo esquema de áreas de servicio exclusivo la autoridad municipal divide geográficamente el territorio del municipio correspondiente, en distintas áreas o zonas, cada área geográficamente

⁸⁵ COLOMBIA. COMISIÓN DE REGULACIÓN DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BÁSICO-CRA. Resolución 235. (7, noviembre,2002). Por la cual se decide solicitud de verificación de motivos que permitan la inclusión de cláusulas de áreas de servicio exclusivo en los contratos que suscriba el Distrito Capital de Bogotá para conceder el servicio de aseo. P.17

determinada corresponde a un área de servicio exclusivo (ASE). En cada una de estas áreas se le otorga el monopolio de la prestación del servicio a una persona prestadora del servicio, de tal manera que esta persona no tendrá competencia durante la prestación del servicio, la cual es otorgada a modo de concesión.

La libre competencia tiene lugar durante el proceso de selección del operador del servicio de aseo, en otras palabras, compiten por el mercado existente en cada área de servicio exclusivo ofertando mejores condiciones para el usuario, que sus competidores. Sobre esto se debe resaltar que es necesaria la concurrencia de oferentes para llevar a cabo la licitación pública, de tal forma que la competencia se vea garantizada⁸⁶. Por ende, una vez llevado a cabo el proceso licitatorio y haber sido seleccionado el operador del servicio de aseo en cada área, este prestará el servicio bajo las condiciones que lo llevaron a resultar vencedor en el proceso licitatorio y adjudicatario de la concesión en la respectiva área de servicio exclusivo.

Uno de los modos o de los criterios bajo los cuales se puede dar el escenario de competencia por el mercado, bajo los esquemas de ASE, corresponde a ofertar dentro del proceso licitatorio por un porcentaje del recaudo del municipio correspondiente. Es decir, los proponentes en el proceso licitatorio proponen aceptar porcentajes inferiores al recaudo de recursos de tarifas. En ocasión de esta modalidad es posible que se generen recursos excedentes, ya que una vez realizado el recaudo al prestador del servicio se le retribuye únicamente el porcentaje acordado, en consecuencia, el porcentaje sobrante, constituye un excedente de los recursos de tarifas.

Teniendo en cuenta, que los recursos de tarifas en general, tienen por destinación específica cubrir los costos asociados al servicio de aseo, es necesario que la administración de estos recursos excedentarios de tarifas sean objeto de vigilancia.

Teniendo en cuenta, que, dentro del ordenamiento jurídico colombiano, no existe normatividad alguna, que establezca o reglamente de manera expresa, la vigilancia sobre la administración de estos recursos, se pretende con este Proyecto de Ley llenar el vacío jurídico que existe actualmente, frente al control que se debe ejercer sobre la gestión de dichos recursos.

⁸⁶ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. CP. Ruth Stella Correa. RAD. 11001-03-26-000-2005-00067-00(32018) de 2011.