



CONSEJO DE ESTADO
SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SALA VEINTE ESPECIAL DE DECISIÓN

Bogotá D.C., veinte (20) de mayo de dos mil veinte (2020)

Referencia:	CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD
Radicación:	11001-03-15-000-2020-01903-00
Tema:	DECIDE SOBRE EL CONOCIMIENTO DEL CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD DE LA CIRCULAR EXTERNA No. 20201000000144 DE 6 DE ABRIL DE 2020, EXPEDIDA POR EL SUPERINTENDENTE DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

Auto interlocutorio

El Despacho procede a decidir si asume el conocimiento de la legalidad de la **Circular Externa No. 20201000000144 de 6 de abril de 2020**, expedida por el **Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios**.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

- 1.- El Ministerio de Salud y Protección Social, a través de la Resolución 385 de 12 de marzo de 2020, declaró la emergencia sanitaria en todo el territorio nacional hasta el 30 de mayo de 2020 y estableció una serie de medidas sanitarias con el objeto de prevenir y controlar la propagación del COVID-19 en el territorio nacional y mitigar sus efectos.
- 2.- El Presidente de la República, mediante el Decreto 417 de 17 de marzo de 2020, con sustento en las facultades que le confieren los artículos 215 de la Carta Política y la Ley 137 de 1994, declaró el estado de emergencia económica, social y ecológica en todo el territorio nacional, por el término de treinta (30) días calendario, contados a partir de la vigencia de dicho decreto.
- 3.- La declaratoria del estado de emergencia económica, social y ecológica autoriza al presidente de la República, con la firma de todos los ministros, para dictar decretos con fuerza de ley con miras a *“(...) fortalecer las acciones dirigidas a conjurar los efectos de la crisis, así como a mejorar la situación de los contagiados y evitar una mayor propagación del COVID-19 (...)”*.



Radicación: 11001-03-15-000-2020-01903-00
Referencia: CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD

4.- La Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios, expidió la Circular Externa No. 20201000000144 de 6 de abril de 2020, dirigida a empresas prestadoras de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo, por medio de la cual se refirió al principio de onerosidad de los servicios públicos, en los siguientes términos:

“(…) A partir de la declaratoria de emergencia sanitaria declarada por el brote de enfermedad por coronavirus –COVID-19– en el mes de marzo de 2020, el Gobierno Nacional ordenó una serie de medidas para la atención de la emergencia, orientadas a ampliar el acceso al servicio de acueducto y el suministro de agua potable a la mayor cantidad de habitantes.

A continuación, se realizarán algunas precisiones respecto de las medidas de reconexión y reinstalación de los servicios ordenadas por el Decreto 441 del 20 de marzo de 2020, “Por el cual se dictan disposiciones en materia de servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo para hacer frente al Estado de emergencia Económica, Social y Ecológica declarado por el decreto 417 de 2020”.

Las medidas señaladas por el Decreto en mención se resumen a continuación y, se anticipa, ninguna se relaciona con la gratuidad de los servicios públicos domiciliarios:

- (i) Reinstalación y/o reconexión temporal inmediata del servicio de acueducto a los suscriptores residenciales suspendidos y/o cortados,
- (ii) Acceso a agua potable en situaciones de emergencia sanitaria,
- (iii) Uso de los recursos del Sistema General de Participaciones para agua potable saneamiento básico,
- (iv) Suspensión temporal de los incrementos tarifarios de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado.

Por su parte, la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico – CRA expidió la Resolución 911 de 2020, incluyendo medidas concordantes con las estipuladas en el Decreto 441 de 2020, para los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo, abordando los siguientes aspectos:

- (i) Suspensión temporal de los incrementos tarifarios de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado.
- (ii) Reinstalación del servicio de acueducto a los suscriptores residenciales suspendidos.
- (iii) Reconexión del servicio de acueducto a los suscriptores residenciales suspendidos.
- (iv) Prohibición de realizar la suspensión o corte del servicio de acueducto en vigencia de la emergencia sanitaria.
- (v) Incremento en la frecuencia de lavado de áreas públicas.
- (vi) Forma en que se calculará el costo de lavado y desinfección de áreas públicas a transfer vía tarifa al usuario,
- (viii) Forma en que se deben reportar e incorporar los costos asociados a la implementación de las medidas.
- (ix) Incremento de frecuencia de recolección y transporte de residuos sólidos no aprovechables y de barrido y limpieza de vías y áreas públicas.

Como puede observarse, ninguna de las medidas contenidas en el Decreto o la Resolución citados está orientada a suministrar servicios de acueducto, alcantarillado y aseo de forma gratuita.

Cabe resaltar que, la Ley 142 de 1994 estableció en el numeral 99.9 del artículo 99 que, para cumplir cabalmente con los principios de solidaridad y redistribución de ingresos, no existiría exoneración en el pago de los servicios públicos domiciliarios para ninguna persona natural o jurídica. Señala la norma citada:



Radicación: 11001-03-15-000-2020-01903-00
Referencia: CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD

“99.9. Los subsidios que otorguen la Nación y los departamentos se asignarán preferentemente, a los usuarios que residan en aquellos municipios que tengan menor capacidad para otorgar subsidios con sus propios ingresos. En consecuencia y con el fin de cumplir cabalmente con los principios de solidaridad y redistribución no existirá exoneración en el pago de los servicios de que trata esta Ley para ninguna persona natural o jurídica.” (Negrilla y subrayado por fuera del texto original).

Lo anterior, encuentra su fundamento constitucional en el artículo 367 como lo ha dicho la Corte Constitucional mediante sentencia C-041 de 2003, al indicar que:

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

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

Así es claro que constitucional y legalmente está proscrita la gratuidad de los servicios públicos domiciliarios. En línea con lo anterior, la Constitución y la Ley 142 de 1994 desarrollaron unos esquemas fundamentados en la solidaridad y la redistribución de los ingresos que, precisamente posibilitan la prestación de los servicios a los sectores menos favorecidos de la población.

Por otro lado, la Ley 142 de 1994 dispuso que en materia de servicios públicos domiciliarios opera el principio de la suficiencia financiera, según el cual las tarifas deben garantizar la recuperación de los costos y gastos propios de operación, incluyendo la expansión, la reposición y el mantenimiento; de modo que permitirán remunerar el patrimonio de los accionistas en la misma forma en que lo habría remunerado una empresa eficiente en un sector de riesgo comparable; así como utilizar las tecnologías y sistemas administrativos que garanticen la mejor calidad, continuidad y seguridad a sus usuarios (numeral 87.4, artículo 87, Ley 142 de 1994).

Adicionalmente, el contrato de servicios públicos es de carácter oneroso, es decir, los servicios públicos se prestan a cambio de un precio en dinero (artículo 128 de la Ley 142 de 1994). Así mismo, se consideran restricciones indebidas a la competencia, entre otras, la prestación gratuita o a precios o tarifas inferiores al costo, de servicios adicionales a los que contempla la tarifa (artículo 34 de la Ley 142 de 1994).

De suerte que, la tarifa por expresa disposición constitucional tiene por objeto la recuperación de los costos del servicio, cuya financiación será determinada, además de la cobertura y calidad, por la ley, sin olvidar los criterios de solidaridad y redistribución de ingresos.

Por ello se estableció en nuestro ordenamiento jurídico la figura de los subsidios que representan la diferencia entre lo que se paga por un bien o servicio, y el costo de este, cuando tal costo es mayor al pago que se recibe.

Según el artículo 368 de la Constitución Política se trata de un mecanismo de ayuda económica, que facilita a las personas de menores ingresos o recursos el pago de las tarifas de los servicios públicos domiciliarios, norma que se refiere al pago de tarifas, lo que indudablemente supone que en materia de servicios públicos opere el principio de la onerosidad.

En suma, resulta claro que, la Ley 142 de 1994 prohíbe la gratuidad de prestación de servicios públicos pues ella pone en riesgo la supervivencia de la persona prestadora, comprometiendo la adecuada prestación de los mismos.

En este contexto, esta Superintendencia les recuerda a los alcaldes distritales y municipales, así como a los prestadores de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y/o aseo, que las medidas temporales de reinstalación y reconexión del servicio público de acueducto ordenadas a la fecha por el Gobierno Nacional, a favor de aquellos usuarios que presentaban cortes y suspensiones del servicio por razones distintas a fraude a la conexión o al servicio, no implican la gratuidad en la prestación de los mismos.

Por lo anterior, las autoridades locales deben actuar dentro de los límites fijados por las medidas ordenadas por el Gobierno Nacional en el marco de la emergencia ya mencionadas, y que buscan ampliar de manera temporal el acceso al agua potable a la mayor cantidad de personas, bajo la premisa que, a la fecha, ninguna de estas medidas contempla la gratuidad del servicio.



Radicación: 11001-03-15-000-2020-01903-00
Referencia: CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD

La Ley 142 de 1994, en su artículo 5 señaló que, es competencia de los municipios en relación con los servicios públicos “Asegurar que se presten a sus habitantes, de manera eficiente, los servicios domiciliarios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, por empresas de servicios públicos de carácter oficial, privado o mixto, o directamente por la administración central del respectivo municipio en los casos previstos en el artículo siguiente”, entre otras obligaciones.

Así pues, en virtud de la norma citada, son los municipios los primeros llamados a garantizar la prestación de los servicios públicos de agua potable y saneamiento básico en su jurisdicción.

En consecuencia, las autoridades locales deben cumplir, entre otras, con las siguientes responsabilidades, con la rapidez y eficiencia que amerita la emergencia sanitaria declarada por el Gobierno Nacional:

- Disponer los recursos para el otorgamiento de subsidios a los usuarios de menores ingresos.
- Apoyar financieramente a los prestadores de los servicios públicos con los mecanismos establecidos en la legislación vigente para mantener la provisión de dichos servicios con continuidad y calidad.
- Adelantar las gestiones y acciones respectivas de coordinación con los entes departamentales o de orden nacional para buscar apoyo financiero, técnico y administrativo dirigidos a mantener la provisión de los servicios y procurar la sostenibilidad financiera de los prestadores.
- Implementar medios alternos de aprovisionamiento, para suministrar el acceso al agua potable a la mayor cantidad de personas, con el fin de asegurar su prestación en las condiciones previstas por el Gobierno Nacional.
- En medio de la situación de emergencia sanitaria nacional, los prestadores de los servicios públicos domiciliarios y los entes territoriales, deben adoptar las medidas ordenadas por el Gobierno Nacional aquí mencionadas y aquellas que eventualmente sean expedidas, absteniéndose de impartir órdenes contrarias al alcance bajo el que fueron concebidas (...).

5.- La Ley 137 de 1994, norma por la cual se regulan los estados de excepción en Colombia, señala, en su artículo 20, lo siguiente:

“(...) Artículo 20. Control de legalidad. Las medidas de carácter general que sean dictadas en ejercicio de la función administrativa y como desarrollo de los decretos legislativos durante los Estados de Excepción, tendrán un control inmediato de legalidad, ejercido por la autoridad de lo contencioso administrativo en el lugar donde se expidan si se tratare de entidades territoriales o del Consejo de Estado si emanaren de autoridades nacionales.

Las autoridades competentes que los expidan enviarán los actos administrativos a la jurisdicción contencioso-administrativa indicada, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a su expedición (...).

6.- El artículo 136 del CPACA, que regula el control inmediato de legalidad, establece que:

“(...) las medidas de carácter general que sean dictadas en ejercicio de la función administrativa y como desarrollo de los decretos legislativos durante los Estados de Excepción, tendrán un control inmediato de legalidad, ejercido por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en el lugar donde se expidan, si se tratare de entidades territoriales, o del Consejo de Estado si emanaren de autoridades nacionales, de acuerdo con las reglas de competencia establecidas en este Código (...).



Radicación: 11001-03-15-000-2020-01903-00
Referencia: CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD

7.- Por lo tanto, en aplicación del artículo 136 del CPACA, le corresponde al Consejo de Estado decidir si avoca o no el conocimiento en torno al control inmediato de legalidad de la Circular Externa No. 20201000000144 de 6 de abril de 2020, expedida por el Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios, toda vez que, de acuerdo con el Decreto 990 de 2002¹, esta es una “(...) *entidad descentralizada de carácter técnico, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonial* (...)” –artículo 2º–, lo que quiere indicar, en concordancia con el artículo 38 de la Ley 489 de 1998², que es una entidad del sector descentralizado por servicios de la Rama Ejecutiva del poder público en el orden nacional.

8.- Igualmente se pone de relieve que, en sesión virtual número 10 llevada a cabo el 1º de abril del año en curso, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado aprobó “*asignar los controles inmediatos de legalidad a las salas especiales de decisión, de conformidad, entre otros, con los artículos 107-4, 185-1 y 111-8 del CPACA y 23, 29-3 y 42 del Acuerdo 080 de 2019*”. Por ende, el conocimiento del control de legalidad que nos ocupa corresponde a la Sala Veinte Especial de Decisión en la cual el consejero ponente que suscribe esta decisión actúa como presidente.

9.- Con fundamento en las anteriores premisas, el Despacho pone de relieve el hecho consistente en que la Circular Externa No. 20201000000144 de 6 de abril de 2020 no adopta ninguna medida general en ejercicio de la función administrativa y como desarrollo de los decretos legislativos durante el estado de excepción en la medida en que lo que pretende es realizar precisiones respecto de las medidas de reconexión y reinstalación de los servicios ordenadas por el Decreto 441 de 20 de marzo de 2020 y, en particular, en lo relativo a la gratuidad de los servicios públicos domiciliarios.

10.- En ese contexto, entonces, la circular externa precisa que constitucional y legalmente está proscrita la gratuidad de los servicios públicos domiciliarios y, en

¹ “(...) por el cual se modifica la estructura de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (...)”.

² “(...) ARTICULO 38. INTEGRACION DE LA RAMA EJECUTIVA DEL PODER PUBLICO EN EL ORDEN NACIONAL. La Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, está integrada por los siguientes organismos y entidades: (...) 2. Del Sector descentralizado por servicios: (...) c) Las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica (...)”.



Radicación: 11001-03-15-000-2020-01903-00
Referencia: CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD

esa medida, recuerda a los alcaldes distritales y municipales y a las empresas de servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y/o aseo que las medidas de reinstalación y reconexión ordenadas por el Gobierno Nacional no implican tal gratuidad, recordándole a las autoridades locales, además, las responsabilidades que les corresponde en relación con la emergencia sanitaria.

11.- Así las cosas, considera el despacho que se no cumplen los presupuestos para efectos de avocar el conocimiento del control de legalidad respecto de la Circular Externa No. 20201000000144 de 6 de abril de 2020, expedida por el Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios, en tanto no se configuran los requisitos de que tratan los artículos 20 de la Ley 137 de 1994 y 136 del CPACA.

En mérito de lo expuesto, el presidente de la Sala Veinte Especial de Decisión del Consejo de Estado,

RESUELVE:

PRIMERO: NO ASUMIR el conocimiento del control automático de legalidad de la Circular Externa No. 20201000000144 de 6 de abril de 2020, expedida por el Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: Por Secretaría General, efectúense las anotaciones y archivos documentales de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS
Presidente Sala Veinte Especial de Decisión