

CAMBIOS EN LA POLÍTICA ESTATAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

Judith Echeverría Molina*

Resumen

La Constitución de 1991 y la ley 142 de 1994, sobre Servicios Públicos Domiciliarios, establecieron en Colombia un nuevo esquema de prestación a partir de la incorporación de principios tales como los de subsidio, solidaridad, modernización, eficiencia y redistribución y a partir de la participación directa de la iniciativa privada y las reglas del mercado.

Sin embargo, sólo los grandes municipios han podido asimilar e implementar el espíritu de la norma; los demás afrontan grandes dificultades producto de la falta de relación existente entre la normatividad y la realidad social y financiera de nuestras comunidades.

Palabra clave: Servicios públicos.

Abstract

In Colombia, the 1991 Constitution and the law 142 of 1994 on domiciliary public services, established a new schema of service from the incorporation of principles such as subsidy, solidarity, modernization, efficiency and redistribution, and from the direct participation of the private initiative and the rules of the market. However, just the big cities have been able to assimilate and implement the norm spirit. The others are facing great difficulties which are the result of the lack of relation that exists between the normativity and our communities social and financial reality.

Key words: Public services.

Fecha de recepción: 25 de septiembre de 2001

* Abogada de la Universidad del Norte, especializada en Derecho de Sociedades. Jefe de Departamento de la División de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Norte (jechever@uninorte.edu.co).

INTRODUCCIÓN

Con este artículo se pretende resaltar los cambios más significativos en el sector de los servicios públicos domiciliarios, luego de la Constitución de 1991 y de su desarrollo legal, y se hace un análisis de la disposición constitucional, su desarrollo legislativo y la situación existente antes de la actual Carta Política.

Es importante resaltar que debido a la experiencia profesional obtenida en estos últimos años, muchos de los comentarios y anotaciones de este artículo hacen referencia al sector de agua potable y saneamiento básico, los cuales en la mayoría de los casos son ajustados a la realidad de los demás servicios.

1. Antecedentes

Antes de la Constitución de 1991 el panorama de los servicios públicos domiciliarios en el país se caracterizaba por bajas coberturas, baja calidad de los servicios suministrados y un rezago en la gestión comercial de los entes prestatarios de los mismos.

Lo anterior era producto, entre otros aspectos, de la excesiva centralización de los esquemas de planificación, ejecución, financiación y gestión de los servicios públicos domiciliarios y la baja o poca participación de la ciudadanía en la toma de decisiones.

Se suma a lo anterior el foco de corrupción en que se convirtieron las empresas públicas de servicios, las cuales eran el espacio propicio para el desarrollo de prácticas electorales, donde a cambio de votos se ofrecían bajas tarifas, nula planificación en las obras prioritarias de expansión y excesiva burocracia.

Frente ese desolador panorama, donde los usuarios sólo tenían el espacio de la protesta callejera, los constituyentes del 91 manifestaron especial interés por esta problemática de inmensas repercusiones para las sociedad, las finanzas públicas y la economía del país.

2. La Constitución Política y los *Servicios Públicos Domiciliarios*

El Título XIII, capítulo V de la Constitución Política dedica los artículos 365, 367 y 368 de manera exclusiva a los servicios públicos domiciliarios; sin embargo, existen otras disposiciones de la Constitución Nacional que guar-

dan una estrecha relación con esta temática y sobre todo con ese cambio de papel del Estado, por tal razón vale la pena también estudiar los artículos 370, 333, 334, 298, 95, 80 y 79 de la Constitución y la Ley 142 de 1994, Ley de Servicios Públicos.

Luego de expedida la Constitución Política, el Congreso aprueba la Ley 142 de 1994, Régimen de los Servicios Públicos Domiciliarios, Ley que ha sido enriquecida por la continua reglamentación y regulación por parte de las Comisiones de Regulación de cada servicio público domiciliario o sector.

Hoy, por mandato constitucional cada ministerio cuenta con su Comisión de Regulación, que funcionan como Unidades Administrativas Especiales y que tienen la función delegada de reglamentar los aspectos técnicos de cada servicio a su cargo. Esto se constituye en un aspecto novedoso, ya que la reglamentación y avance legislativo del sector se pone en manos de expertos con amplia visión sobre el tema.

El peligro de lo anterior ha sido que muchos de los expertos son sumamente teóricos y han desarrollado modelos no adaptables a la realidad social de nuestro país. Un ejemplo puede darse en todo lo relativo a la reglamentación tarifaria, la cual falla ante la realidad socio-cultural de las comunidades más deprimidas.

Actualmente existen las siguientes Comisiones de Regulación:

1. Comisión de Agua Potable y Saneamiento Básico - CRA; Ministerio de Desarrollo Económico.
2. Comisión de Energía y Gas Combustible - CREG; Ministerio de Minas y Energía.
3. Comisión de Regulación de Telecomunicaciones; Ministerio de Comunicaciones.

La regulación también ha permitido en todos los sectores la continua creación y transformación de empresas prestatarias de servicios públicos domiciliarios y ha abierto los espacios para la participación de la inversión privada.

3. El artículo 365 de la Constitución Política de Colombia

El Título XIII, capítulo V, «De la finalidad Social del Estado y de los Servicios Públicos Domiciliarios», en su artículo 365 establece lo siguiente:

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.

En desarrollo de este artículo se observa que el Estado se desprende de ese papel de proveedor exclusivo de servicios y entrega también a la comunidad organizada y a los particulares la operación y gestión de los servicios públicos domiciliarios.

Es así como el Congreso expide La ley 142 de 1994, Régimen de los Servicios Públicos Domiciliarios, la cual tiene, entre otros, los siguientes objetivos:

- Promoción de la competencia.
- Aumento de la cobertura de los servicios públicos domiciliarios.
- El apoyo y promoción de la participación de los particulares en la gestión y operación de los servicios públicos.
- La regulación de precios.
- La participación comunitaria para el Control Social de los Servicios Públicos.

El Estado dentro de su nuevo papel les facilita a los particulares los espacios para desarrollar libremente su actividad de empresarios de servicios públicos domiciliarios.

4. Quiénes pueden prestar servicios públicos

El artículo 15 de la mencionada Ley enumera quiénes pueden prestar servicios públicos domiciliarios, y establece que éstos pueden ser prestados, además de los municipios y entidades descentralizadas, por las empresas de servicios públicos, las comunidades organizadas y los productores marginales.

Algo novedoso en esta Ley ha sido establecer que las empresas de servicios públicos domiciliarios serán sociedades por acciones, hecho que facilita la participación de personas y de capital nacional y extranjero para la conformación de empresas de servicios públicos domiciliarios (Artículo 17 Ley 142 de 1994).

De manera errónea se cree que con la nueva Ley sólo las empresas de servicios públicos tienen la facultad de prestar dichos servicios, pero se observa que la Ley ha sido consecuente con la realidad de algunos sectores del país y brindó también a las comunidades organizadas la posibilidad de prestar servicios públicos.

5. Intervención del Estado en los Servicios Públicos Domiciliarios

El artículo 334 de la Constitución Política de Colombia establece que *«La Dirección General de la Economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la Ley, en la explotación de los recursos naturales, el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano»*.

Con base en lo anterior el Estado interviene en:

- Promover la libre competencia entre empresas de servicios públicos domiciliarios, públicas, privadas o mixtas, para la generación, distribución e interconexión de los servicios públicos que trata la Ley 142 de 1994.
- Planificar, gestionar y asignar recursos para cada uno de los sectores.
- Velar por la protección y recuperación de los recursos naturales.

- En algunos casos, prestar directamente los servicios cuando los departamentos o municipios no estén en capacidad de hacerlo.
- Impedir prácticas que se constituyan en competencia desleal.
- Garantizar protección a los usuarios.

6. Fijación de tarifas

El Artículo 367 de la Constitución Política establece:

La ley fijará las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación, y el régimen tarifario que tendrá en cuenta además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos.

Los servicios públicos domiciliarios se prestarán directamente por cada municipio cuando las características técnicas y económicas del servicio y las conveniencias generales lo permitan y aconsejen, y los departamentos cumplirán funciones de apoyo y coordinación.

La ley determinará las entidades competentes para fijar las tarifas.

Antes de la expedición de la Constitución Política de Colombia, en el país los servicios públicos domiciliarios eran prestados exclusivamente por el Estado, directamente a través de secretarías o de entes descentralizados como las empresas públicas municipales.

Bajo este esquema de Estado protector, las tarifas eran fijadas por los municipios, concejos municipales o empresas públicas, sin hacer una relación directa entre los costos de operación, administración y mantenimiento y la recuperación de estos costos vía precios (tarifas).

Esa ausencia de una visión comercial por parte del Estado trajo como consecuencia el deterioro de las infraestructuras, baja calidad de los servicios y un rezago en los precios de provisión de los mismos. Este último aspecto generó entre la comunidad del país la ausencia de una cultura de pago de los servicios públicos y, sobre todo, conductas no consecuentes con la conservación del medio ambiente.

La Ley 142 de 1994 en sus artículos 86 al 104 desarrolla los criterios del Régimen Tarifario que deben ser aplicados por los entes prestadores de servicios públicos domiciliarios.

Las fórmulas y la metodología para obtener el precio que se debe cobrar al usuario final de los servicios públicos las expide la Comisión de Regulación del ramo, atendiendo las consideraciones técnicas de cada servicio, pero son las empresas quienes las calculan.

La Ley ha considerado que la fórmulas deben incluir los siguientes elementos.

- Cargo por unidad por consumo.
- Cargo Fijo, que es aquel que le permite a la empresa atender su clientela.

Es importante resaltar que al calcular la tarifa la empresa debe identificar los costos operativos y los de inversión (expansión), los cuales le van a permitir determinar el cargo por unidad por consumo y calcular por aparte los costos administrativos que le permitirán calcular el cargo fijo.

Es lamentable, para el caso de los servicios de agua potable y saneamiento básico, que la falta de visión comercial de las empresas estatales permitió el despilfarro del agua que ha llevado a deteriorar las cuencas de nuestros ríos por el vertimiento exagerado de aguas servidas (negras) y desechos sólidos (basuras).

Hoy, y gracias a la nueva política estatal de los servicios públicos, que no sólo es comercial sino que conlleva una visión ambiental, con la medición (odiosa para algunos) y el cobro estricto de los consumos se puede evitar que en el futuro se viertan de manera indiscriminada aguas negras a los ríos, se quemen, entierren o se dispongan de manera inadecuada basuras a cielo abierto.

Esta nueva política de fijación de precios ha traído como consecuencia desconfianza entre los inversionistas privados, condicionamientos exagerados de los particulares para asociarse o invertir en el sector y ajuste tarifarios por encima de los índices de inflación, que se reflejan en la tarifa final al consumidor.

7. El papel de los municipios y departamentos frente a los Servicios Públicos

La Ley 142 de 1994 en sus artículos 5, 6 y 7 desarrolla el papel de estas dos entidades territoriales frente a los servicios públicos.

El municipio frente a los servicios públicos es responsable de «Asegurar que se presten a sus habitantes, de manera eficiente los servicios domiciliarios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, y de telefonía pública básica conmutada, por empresas de servicios públicos de carácter oficial, privado o mixto, o directamente por la administración central del respectivo municipio...» (Art. 5, Ley 142 de 1994).

De otra parte, el departamento tiene frente a los servicios públicos solamente funciones de apoyo y coordinación de la acción municipal (Artículo 7 de la Ley 142 de 1994).

8. Los subsidios y los criterios de Solidaridad y Redistribución de Ingresos

El artículo 368 de la Constitución Política de Colombia establece:

La nación, los departamentos, los distritos, los municipios y las entidades descentralizadas podrán conceder subsidios, en sus respectivos presupuestos, para que las personas de menores ingresos puedan pagar las tarifas de los servicios públicos domiciliarios que cubran sus necesidades básicas.

En desarrollo del anterior artículo constitucional, la Ley 142 de 1994 y el Decreto 565 de 1996 establecen lo siguiente:

- Se entiende por subsidio la diferencia entre el valor que un usuario o suscriptor paga por el consumo básico del servicio público domiciliario y su costo económico de referencia, cuando tal costo es mayor que el pago que efectúa el usuario o suscriptor (Decreto 565 de 1996)
- Los subsidios sólo se conceden para los consumos básicos o de subsistencia. En nuestro país y para el caso del sector de agua potable y saneamiento básico, la Comisión de Regulación de ese sector ha establecido que el consumo básico o de subsistencia va de 0 a 20 m³ mensuales.
- El subsidio sólo se otorgará a los usuarios residenciales de los estratos 1, 2 y eventualmente el 3. Esta distinción obedece a que existen varias categorías de usuarios de dichos servicios, como son los usuarios oficiales, comerciales e industriales.

9. Fuentes de Subsidios

El artículo 100 de la Ley 142 de 1994 establece que existen las siguientes fuentes de subsidios:

- Los recursos proveniente de la participación de los municipios de los ingresos corrientes de la Nación (ICN).
- Los recursos provenientes del 10 % del Impuesto Predial Unificado, para los servicios de agua potable y saneamiento básico.
- Recursos provenientes de las regalías por concepto de explotación de recursos naturales no renovables de propiedad de la Nación.
- Los recursos de crédito no pueden ser tomados para otorgar subsidios.
- Los recursos provenientes del aporte solidario de los inmuebles residenciales de estratos cinco y seis y de los usuarios de categoría industrial y comercial.

Respecto a esta última fuente de recursos es importante hacer los siguientes comentarios:

La Ley 142 de 1994 determinó que la solidaridad entre los usuarios residenciales de mayores ingresos, los comerciantes e industriales debía expresarse en un sobreprecio que éstos deben pagar en cada una de sus facturas de servicios, con el fin de ayudar a los usuarios de menores ingresos a pagar sus consumos de subsistencia, valor de sobre costo, que no debe ser superior al 20% de su consumo.

De otra parte, la misma Ley estableció que para el desarrollo práctico de estos sobreprecios era necesario que los municipios crearan los «Fondos de Solidaridad y Redistribución de Ingresos», a fin de manejar los recursos provenientes de las fuentes antes mencionadas y que se convertían en recursos públicos.

10. Supuestos para otorgar subsidios

El Decreto 565 de 1996 de manera muy didáctica reglamenta todo lo relacionado con los subsidios y la operatividad de los ya mencionados Fondos de Solidaridad y Redistribución de Ingresos.

Para lograr que esos recursos de las entidades territoriales se reflejen como un descuento en la factura de los servicios públicos domiciliarios, se requieren de los siguientes supuestos:

- Que el municipio realice un estudio de estratificación socioeconómica en su jurisdicción, a fin de determinar cuántos usuarios son subsidiables y cuántos podrían aportar recursos de solidaridad o sobreprecio en su factura.
- La existencia en el municipio de una empresa de servicios pública, privada o mixta, que, ajustándose a la metodología suministrada por las Comisiones de Regulación, calcule sus tarifas e identifique en ellas el factor de subsidio, o lo que es lo mismo, determine cuánto requiere ella del municipio para emprender inversiones a mediano y largo plazo para conectar a los más pobres.
- Voluntad política por parte de los alcaldes, ya que si bien es un derecho de los usuarios, la Constitución de 1991 dice que éstos «podrán» conceder subsidios de sus respectivos presupuestos.
- La creación por parte de los concejos municipales de «Los Fondos de Solidaridad y Redistribución de Ingresos».
- La celebración de un contrato entre el municipio y la empresa de servicios en el que se identifique claramente la cuantía requerida para subsidiar a los más pobres, para que puedan verse beneficiados en obras para el mejoramiento y expansión del servicio, y lo más importante, vean un efecto (o descuento) en su factura.

Como comentario adicional a estos supuestos se puede decir que además de la voluntad política para conceder subsidios, debe mediar la posibilidad para otorgarlos, ya que la gran mayoría de los municipios tienen comprometidas sus rentas para el Sector, cuando en el pasado emprendieron majestuosas obras para «ampliar», «mejorar» y «optimizar» la infraestructura de servicios y que dicha inversión en la mayoría de los casos no generó el beneficio esperado.

La realidad es que las empresas de servicios públicos actualmente sólo cuentan con el sobrecosto de solidaridad para subsidiar a los pobres y, por otro lado, reciben aportes de la Nación o de los municipios recursos para emprender obras y cubrir su déficit operacional; pero lo que se requiere es que esos aportes estatales, dentro de la mecánica antes expuesta, se le entre-

que al usuario a través de un descuento o alivio efectivo en su tarifa, que, entre otras cosas, es lo que realmente él siente como beneficio.

11. La participación ciudadana y el Control Social de los Servicios Públicos

Uno de los aspectos que ha interpretado con mayor precisión el principio constitucional de participación ciudadana, como herramienta para la toma de decisiones en aspectos trascendentes para la vida de los ciudadanos, es la consagración en la Ley 142 de 1994 de la existencia de los Comités de Desarrollo y Control Social de los Servicios Públicos Domiciliarios.

Estos Comités, de iniciativa ciudadana, se constituyen en unos de los mayores avances en materia de participación y toma de decisiones alrededor de los Servicios Públicos.

La manera de conformarlos y su gobierno interno son la mejor muestra que en este país se puede involucrar al usuario en la suerte de una empresa de servicios públicos.

A pesar de contar estos Comités con suficiente apoyo y promoción por parte del Estado, es lamentable afirmar que ha sido pobre su participación en las decisiones trascendentes en las empresas de servicios.

Las razones de lo anterior pueden ser las siguientes:

Los Comités de Desarrollo y Control Social han sido el espacio propicio para la plataforma política de sus líderes, quienes, aprovechándose de la situación de muchos usuarios, escogen como tema electoral el ataque de las altas tarifas de las empresas de servicios públicos, cuando la Ley, por el contrario, les ha encomendado participar con las empresas en la fijación de tarifas y subsidios y asesorar técnicamente a los usuarios (Decreto 1429 de 1995).

También se puede mencionar que la Ley limitó el espacio de participación de los Comités sólo a aquellas empresas que contaran con el 100% de capital estatal, y los dejó por fuera de las directivas de las empresas mixtas o privada por acciones.

No se conoce sobre lo anterior un argumento que justifique la no reforma de la ley para que los Vocales de Control Social (representantes de los comités) no puedan participar en las directivas de las empresas; sin

embargo, hay que ubicarse en el espíritu del artículo 17 de la Ley 142 de 1994, que busca la participación de capital privado y la libre asociación de los usuarios en la gestión de las empresas de servicios públicos.

Sería interesante lograr una sustentada reforma a la Ley 142 de 1994, que permita el desarrollo de la participación ciudadana a través de estos Comités en temas como fijación de tarifas, aplicación de subsidios, pero en las empresas de servicios públicos domiciliarios mixta o privadas, bien para que asuman un verdadero control sobre esa temática y a la vez adquieran de ellas un adecuado proceso de entrenamiento.

CONCLUSIONES

Luego de 10 años de la Nueva Constitución y después de 7 años de vigencia de la Ley del sector, el desarrollo práctico de los criterios de subsidios, solidaridad, modernización, eficiencia y redistribución del ingreso ha sido bastante deficiente, ya que los municipios no han preparado sus estructuras interna para los cambios visualizados por los constituyentes del 91.

En este caso se podría afirmar que el desarrollo legislativo para el sector ha ido más rápido que el desarrollo interno de las estructuras municipales, ya que es mucho más fácil para los expertos de la Comisión de Regulación expedir o proyectar normas o resoluciones que desarrollen todo el título V de la Constitución y la Ley 142 de 1994, que prepararse para entender la realidad de los municipios de nuestro país, donde cada uno cuenta al menos con una empresa de servicios.

Cuando se analiza la normatividad producida por cada una de las Comisiones de Regulación, el lector que conozca la realidad del país se percata de que algunos esquemas son tomados de un marco estrictamente teórico y foráneo que poco tiene que ver con la realidad social y financiera de nuestras comunidades y de nuestras empresas.

Para adaptar esos modelos se requiere de un profundo conocimiento de la realidad socioeconómica de los usuarios finales de los servicios, su visión frente al recurso y el medio ambiente, sus costumbres, etc.

Es indudable, y en especial para los habitantes de las grandes ciudades de la región Caribe, que esta política estatal, fundada en el artículo 333 de la Carta Política y desarrollada en los artículos 2.6,3.1, 3.8 y 10 de la Ley 142 de 1994, ha permitido el mejoramiento del desempeño de las empresas

prestatarias de servicios, lo cual se ha reflejado en aumento de coberturas y calidad de los mismos.

Sin embargo, se ha identificado esta política de «privatización» con el incremento desmesurado de las tarifas y abuso al usuario final, y no existe para éstos una respuesta estatal para asumir el cambio sin traumatismos.

Sólo los grandes municipios o distritos tienen la posibilidad de asimilar e implementar el espíritu de estas normas, pero aun así nada saben los usuarios de las capitales, cuál es su descuento en la tarifa, ni por qué los usuarios de mayores ingresos pagan un sobrecosto, o por que su gobernador no les brinda una solución inmediata a sus problemas de abastecimiento de servicios.

Tampoco pueden comprender por qué deben pagar por servicios domiciliarios costosos, porque se habla hoy de agua de calidad, eficiencia en las telecomunicaciones, suficiencia para los comercializadores de energía; ni por qué ni para qué la Ley habla de etapas funcionales del servicio; poco sabe acerca de qué son consumos básicos de subsistencia, ni del desarrollo sostenible, ni por qué a las empresas se les sanciona por no desarrollar una actividad consecuente con el medio ambiente.

Todo lo anterior nos lleva a pensar que en el país, en lo que respecta a servicios públicos, falta mucho por desarrollar en materia de modernización. Y que se debe trabajar de acuerdo con el ritmo o velocidad de cada región y exigir a cada municipio de conformidad con su categoría o con distintos niveles de exigencia.

Sería conveniente que el Gobierno continúe con sus programas de asistencia técnica y capacitación a las gobernaciones, para que éstas puedan multiplicar entre los municipios la reglamentación y condicionamientos de la Nación en relación con los servicios públicos.