MINISTERIO DE VIVIENDA, CIUDAD Y TERRITORIO 04-04-2019 10:36
Al Contestar Cite Este No.: 2019EE0028009 Fol 1 Anex 0 FA 8
ORIGEN 7000 DESPACHO DEL MINISTRO JONATHAN TYBALT MALDONADO GONZALEZ
DESTINO DIANA MARCELA MORALES ROJAS
ASUNTO RESPUESTA
OBS
2019EE0028009

Bogotá D.C.,

Al responder cite radicado: 20193.60066962 Id: 11163
Folios: 3 Fecha: 2019-04-08 16:05:02
Anexos: 0
Remitente : MINVIVIENDA
Destinatario: DIANA MARCELA MORALES ROJAS

Doctora
DIANA MARCELA MORALES ROJAS
Secretaria General
Comisión Sexta de la Cámara de Representantes
Carrera 7 N° 8 – 68, Edificio Nuevo del Congreso
Ciudad

ASUNTO: Comentarios al proyecto de Ley 170/2018 Cámara *"Por la cual se modifica la ley 142 de 1994 para establecer efectivas garantías a los derechos de los usuarios reconocidas en el precedente constitucional y se dictan otras disposiciones"*. Respuesta al memorando radicado No. 2018IE0011580.

Respetada doctora Morales:

En el marco de las competencias asignadas a este Ministerio en lo que respecta al sector de agua y saneamiento básico, a continuación se presenta nuestro concepto sobre el Proyecto de Ley del asunto, en los siguientes términos:

1. <u>Comentarios Generales</u>.

1.1. Sobre el precedente.

En el caso específico del proyecto de Ley 170 de 2018, se trata un proyecto de Ley, que busca adecuar varias de las instituciones reglamentadas en la Ley 142, a la realidad actual, en especial tiene como objetivo actualizar y concordar la legislación vigente con los avances de la doctrina constitucional y con el precedente judicial de las altas Cortes.

Sin embargo, temas como la aplicación del bloque constitucional y del precedente judicial [en todas sus manifestaciones y con relación a todas las altas cortes y los tribunales], debe aplicarse en relación con toda la ley de servicios públicos y con todo el ordenamiento jurídico. Por lo tanto, debe evaluarse la manera como en forma general se incluye en la aplicación de la Ley y no exclusivamente a aspectos o temas de la misma.

Este Ministerio considera importante aclarar si en el caso del proyecto de Ley, se hace referencia al *"precedente constitucional"*, tal como aparece en el epígrafe o si se trata de todas las modalidades de precedente judicial; además de si se trata de acoger el precedente como fuente de interpretación o como fuente formal principal de derecho.

Dada la importancia del tema y que su origen es sustancialmente jurisprudencial, debe evaluarse los efectos de incluirse, pues su impacto no solo tiene incidencia en sector de los servicios públicos, sino en todos los ámbitos del derecho y en consecuencia,

incorporarlo en la legislación demanda un análisis detallado, de la forma como esta fuente del derecho se incorpora dentro del contexto de la teoría jurídica.

Si bien es cierto que la Constitución, el precedente constitucional, el bloque de constitucionalidad y la ley son fuentes de derecho, las mismas no corresponden a la misma categoría jurídica, toda vez que unas pertenecen a las fuentes formales y otras a las fuentes no formales.

En virtud de lo anterior, se considera pertinente, no incluir en el proyecto normativo la frase *"la constitución, el precedente constitucional, el bloque de constitucionalidad y la ley"*, elevándolas a la misma categoría.

Aunado a lo anterior, en el caso puntual del sector, el precedente constitucional si bien es una fuente importante de derecho, tiene efectos inter partes, razón por la cual incluir tal disposición en la ley podría crear múltiples interpretaciones, que distorsionen el alcance de las decisiones judiciales.

1.2. El proyecto no solo modifica la ley 142, sino que produce efectos en relación con la ley 388 y con la ley estatutaria 1755.

El proyecto de Ley pretende modificar en forma sistemática e integral gran parte de las instituciones contenidas en la Ley 142 de 1994, pero además, se involucran modificaciones que afectan normas contenidas en la Ley 388 de 1997 y algunos aspectos de la Ley Estatutaria 1755 de 2015.

1.3. La formalización o legalización de urbanizaciones no legalizadas.

Se trata de un tema particularmente complejo, pues la legalización de urbanizaciones, no se limita a su acceso a los servicios públicos domiciliarios, sino además a un conjunto de medidas que deben ser adoptadas por las autoridades territoriales.

1.4. El mínimo vital.

Uno de los temas que sin duda deben ser objeto de regulación legislativa, es el relativo al mínimo vital en servicios públicos domiciliarios, pero ello implica una reglamentación integral en la que se precise claramente; (i) quien tiene derecho, (ii) como se presta el servicio; (iii) como se hace su reconocimiento en vía administrativa o empresarial; y (iv) los más importante el procedimiento para su financiación y el origen de los recursos.

Reconocer por la vía legislativa el derecho, sin determinar claramente cuál es el origen de los recursos para atender la obligación, puede llevar a que el derecho no sea cumplido o que el sistema no sea sostenible.

1.5. Los Comités de Desarrollo y Control Social de los Servicios Públicos.

Se reordena y cambia el enfoque de los Comités de Desarrollo y Control Social de los Servicios Públicos, se les asigna recursos económicos, además competencias para recibir y tramitar peticiones, quejas y recursos. Al respecto, consideramos importante examinar la conveniencia de este tipo de transformaciones y de contar con opinión de

otros agentes del sector, en especial de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

1.6. Se introduce la calificación de las empresas de servicios públicos, con la calificación de domiciliarios ESPD

Esta modificación en la Ley, debe revisarse con rigor y a nivel de detalle, pues cada vez aparecen más actividades y modalidades de prestación de los servicios, que hacen recomendable la ampliación de la aplicación de la Ley 142, a actividades inherentes o asociadas a la prestación de los servicios y su calificación como *"domiciliarios"* por el contrario, restringe el ámbito de aplicación normativa. Se recomienda, que la expresión *"empresa de servicios públicos"*, no sea modificada por la de *"empresas de servicios públicos domiciliarios"*.

2. Comentarios sobre el articulado.

2.1. Artículo 1. Consideramos que si bien es cierto que la Constitución, el precedente constitucional, el bloque de constitucionalidad y la ley son fuentes de derecho, las mismas no corresponden a la misma categoría jurídica, toda vez que unas pertenecen a las fuentes formales y otras a las fuentes no formales.

En virtud de lo anterior, se considera pertinente, no incluir en el proyecto normativo la frase *"la constitución, el precedente constitucional, el bloque de constitucionalidad y la ley"*, elevándolas a la misma categoría.

Aunado a lo anterior, en el caso puntual del sector, el precedente constitucional si bien es una fuente importante de derecho, tiene efectos inter partes, razón por la cual incluir tal disposición en la ley podría crear múltiples interpretaciones, que distorsionen el alcance de las decisiones judiciales.

En el parágrafo 1 del artículo 1 se señala que los alcaldes de cada municipio tendrán un plazo de 12 meses para la legalización de los barrios subnormales.

Frente a esta disposición es importante señalar que este límite de tiempo, no se ajusta a la capacidad financiera, técnica, administrativa de las entidades territoriales, razón por la cual fueron expedidos los Decretos 1898 de 2016 y 1272 de 2017, para que se permita la prestación de los servicios públicos a través de esquemas diferenciales.

Teniendo en cuenta lo anterior, consideramos pertinente que las líneas generales de la Ley, se ajusten a los estudios ya realizados por este Ministerio en el sector de manera que se logren los objetivos de mejora en los indicadores de cobertura, calidad y continuidad.

El parágrafo 2 del mencionado artículo establece un volumen de agua como mínimo vital de subsistencia (50lts) no obstante, la Resolución CRA 750 de 2016, definió el rango de consumo básico, motivo por el cual se sugiere que en la norma se permita que sea el regulador quien defina el volumen de acuerdo con los consumos reales y las necesidades reales de los ciudadanos.

Aunado a lo anterior, no se encuentra el soporte técnico de su estimación; en principio la demanda de agua depende de las condiciones climáticas del sitio donde se encuentra la comunidad, de su cultura, sus hábitos, de la oferta de agua disponible, si es área urbana o rural, entre otras. Por otra parte, al establecer un mínimo vital inmediatamente infiere una obligación para el prestador del servicio público de acueducto de garantizar un caudal para satisfacer esta necesidad, el cual dadas las actuales circunstancias donde hay baja capacidad de regulación hídrica en las fuentes abasto, donde se encuentran eventos extremos como la sequía, es muy probable que en algunos periodos no se logre el cumplimiento de la obligación en comento.

No debe olvidarse que el suministro de agua para satisfacer los requerimientos de una concesión, está sujeto a la disponibilidad del recurso, por tanto, el Estado no es responsable cuando por causas naturales no pueda garantizar el caudal concesionado, lo que genera que esta acción no dependa exclusivamente del prestador del servicio público de acueducto, si no de las condiciones ambientales de oferta de las fuentes de abasto.

2.2. Artículo 2. El artículo 2 contiene un parágrafo transitorio que no es claro en cuanto a su alcance ni sus efectos para las personas prestadoras, razón por la cual se sugiere evaluar la intención del mismo, para validar su viabilidad.

Sumado a lo anterior, se considera que al impedir a las personas prestadoras cobrar algunos costos en la tarifa, se estaría interviniendo en las competencias de las comisiones de regulación.

2.3. Artículo 3. El artículo 3 del proyecto normativo, reglamenta los Comités de Desarrollo y Control Social de los Servicios Públicos, sin embargo tal y como está dispuesto el artículo, tiene impactos fiscales, para que las entidades territoriales, las personas prestadoras, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios entre otros, razón por la cual se sugiere revisar el alcance de los mismos, para viabilizar su aplicabilidad.

2.4. Artículo 4. Este artículo que adiciona al artículo 63 de la Ley 142 de 1994 incluye dentro de los precedentes jurisprudenciales las sentencias del Consejo de Estado. Al respecto, consideramos importante tener en cuenta que la función del Consejo de Estado respecto del precedente judicial es la de unificar las sentencia y definir el precedente vertical de sus sentencias, es decir, delimitar la interpretación del juez contencioso administrativo, no obstante y de acuerdo con la interpretación que la Corte Constitucional ha hecho del artículo 230 de la Constitución Política es vinculante con efectos *erga omnes* únicamente las sentencia "C" resueltas por la Corte Constitucional.

2.5. Artículo 6. El artículo 6 del proyecto normativo, establece el presupuesto que deberá proporcionarse de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios a los Comités de Desarrollo y Control Social de los Servicios Públicos. Al respecto, consideramos que es necesario evaluar el impacto presupuestal que tal disposición tendría para el ejercicio de la actividad de control y vigilancia.

Ahora bien, es importante que la misma norma señale el control que deberá surtirse sobre los Comités de Desarrollo y Control Social de los Servicios Públicos, toda vez que manejarían recursos públicos.

2.6. Artículo 7. El artículo 7 del proyecto normativo, propone que las Comisiones de Regulación no puedan desmejorar los derechos de los usuarios.

Si bien la intención del articulado, va de cara a la protección de los usuarios, consideramos que podría tal disposición confundirse con el aumento progresivo que las tarifas tienen por modificación de las metodologías tarifarias. Es decir, que podría entenderse que el aumento de las tarifas sería una forma de desmejorar los derechos de los usuarios, impidiendo que la respectiva Comisión de Regulación ejerza sus funciones conforme a las necesidades del sector y al costo real de la prestación de los servicios públicos.

2.7. Artículo 14. El artículo 14 que modifica el artículo 140 de la Ley 142 de 1994 en el parágrafo 1 establece que *"las empresas de servicios públicos no podrán recaudar pruebas (...)"*. Frente al particular es importante tener en cuenta que la empresa de servicios públicos es la idónea para construir la prueba, evidencia o material probatorio atendiendo a las condiciones particulares de la prestación del servicio y atendiendo a que la carga de la prueba es dinámica de acuerdo con el código de procedimiento general, por lo que no se debería desechar la prueba que pueda constituir la empresa de servicios públicos.

2.8. Artículo 15. El artículo 15 del proyecto normativo al igual que el artículo 1, definen un volumen de agua como mínimo vital diferente al establecido por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico (CRA), razón por la cual se sugiere ajustar la disposición, para que sea articulada la disposición, de acuerdo a las necesidades reales de los ciudadanos.

Así mismo, es importante aclarar que el hecho de que los ciudadanos aleguen la existencia de posible vulneración de los derechos constitucionalmente protegidos sin que se obligue a los mismos a probar tal situación, implicaría un riesgo importante para las empresas de servicios públicos, quienes podrían no continuar recibiendo el pago oportuno por parte de los usuarios.

Cordialmente,

JONATHAN MALAGÓN GONZÁLEZ
Ministro de Vivienda, Ciudad y Territorio

Aprobó: Camilo Andrés Quiroz Hinojosa – Asesor despacho Ministro
Consolidó: María Alejandra Gómez – Contratista despacho Ministro

Aprobó: José Luis Acero Vergel - Viceministro de Agua y Saneamiento Básico.
Elaboró: Carlos Andrés Daniels Jaramillo – Asesor Jurídico DDS-VASB.
Revisó: Anamaria Camacho López – Directora de Desarrollo Sectorial.