



BOLETÍN JURÍDICO

Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá



somos
agua

QUE ENTREGA
RESULTADOS

Boletín Jurídico

Empresa de Acueducto y Alcantarillado de
Bogotá

Noel Valencia López
Gerente General

Jairo Andrés Revelo Molina
Gerente Jurídico

Autores

Oscar Eduardo Mateus Duarte (Crear Valor
Legal SAS.)

Luz Marina Zapata García

Mónica Andrea Ramírez Hinestroza (Crear
Valor Legal SAS).

Comité editorial

Alejandra Tobón Díaz

Lorena Rodríguez Salazar

Paola Rojas Redondo

Ginny Acosta Ávila

Diseño editorial

**Oficina Asesora Imagen Corporativa y
Comunicaciones**

Av. Calle 24 No. 37-15

Código Postal:111321 Teléfono:(571) 344 7000

Ciudad Bogotá D.C - Colombia

Copyright 2022 EAAB-ESP

Agosto de 2023

CONTENIDO

- 4 **Editorial**
- 5 **Prólogo**
- 7 **Observancia del derecho de autor en el marco de las actividades desarrolladas por la EAAB-ESP.**
- 18 **Protección de datos y big data**
- 28 **Contratos de suministro e interconexión de agua potable**
- 39 **La tasa retributiva y el factor regional**

EDITORIAL

Las empresas de servicios públicos domiciliarios en Colombia, se deben enfrentar a múltiples retos para asegurar la eficiencia, continuidad y calidad en el servicio, aumentar su cobertura e infraestructura en condiciones de suficiencia financiera, competir respetando el libre mercado, ejecutar una política de óptimo servicio al cliente, garantizar los derechos a los usuarios y cumplir con el marco regulatorio que rige la actividad.

Lo anterior, indudablemente acarrea la necesidad de innovar en la forma de aplicar las normas, de ver y entender las instituciones jurídicas, y proponer nuevas herramientas legales para la misión de prestar el servicio público.

En esta titánica tarea, presentamos el segundo boletín jurídico de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, como un mecanismo de difusión de información especializada y relevante para el sector agua y saneamiento básico.

Instrumento que hace parte de las metas transformacionales de la Gerencia Jurídica y de su valioso equipo de trabajo, para socializar temas de impacto, al interior y exterior de la Empresa, con el objetivo de presentar las nuevas tendencias del pensamiento jurídico, con un enfoque para brindar asesoría en proyectos estratégicos, orientar la actividad misional y defender los intereses de la organización.

Los invito a que tomen parte de su tiempo y compartan con nosotros, a través de estos maravillosos artículos, la experiencia de conocer más sobre el ciclo del agua, que hace parte de nuestro ADN y que permite la eliminación de brechas y talanqueras al desarrollo sostenible, porque el agua indudablemente es el motor de la ciudad y del progreso.

¡Somos agua para la vida, que genera bienestar para la gente!

Jairo Andrés Revelo Molina

PRÓLOGO

El pasado 2 de julio de 2023, la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá EAAB - ESP cumplió 135 años de vida; tiempo durante el cual ha brindado los servicios públicos de agua potable y saneamiento básico a nuestros usuarios y a nuestros beneficiarios.

Para entender el alcance del mercado de la Empresa procedemos a generar las siguientes acotaciones.

Los usuarios y/o suscriptores son quienes se benefician con la prestación de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado sanitario y pluvial, bien como propietarios de los inmuebles o bien como receptores directos de los mismos, mientras que los beneficiarios corresponden a los prestadores con quien tenemos Contratos de Suministro e Interconexión de Agua Potable¹, los cuales a su turno abastecen a sus usuarios, a través del agua captada, tratada y transportada por la EAAB - ESP.

Vale la pena señalar que los usuarios finales se encuentran ubicados de manera concentrada en el Distrito Capital y en los municipios de Soacha, Gachancipá y, manera dispersa, en los municipios de Tocancipá y Zipaquirá. A su turno, los prestadores beneficiarios de suministro se encuentran ubicados en los municipios de Chía, Sopo, Cajicá, La Calera, Tocancipá, Madrid, Mosquera, Funza, Soacha y Bogotá.

Ahora bien, teniendo en cuenta el tiempo de operación y el mercado abarcado, la EAAB - ESP ha acumulado una importante y fructífera experiencia en temas técnicos, administrativos, financieros y jurídicos, entre otros.

La Gerencia Jurídica de la Empresa, con el fin de aprovechar dicha experiencia y como responsable de garantizar el acompañamiento jurídico a todas las áreas de la organización para dar cumplimiento a toda la normatividad vigente, ha decidido compartir dicho conocimiento con los trabajadores, los directivos internos y en general el Sector a los cuales se debe, y ha iniciado el Boletín Jurídico EAAB, el cual presente en esta oportunidad la segunda edición.

¹ Antiguamente conocidos como Contratos de Agua en Bloque.

Esta Edición se compone de cuatro artículos que contienen temas de importante relevancia a saber:

El primero de ellos en relación con la “*Observancia del Derecho de Autor en el marco de las actividades desarrolladas por la EAAB - ESP*” el cual señala unas generalidades sobre la Propiedad Intelectual y puntualiza sobre las facultades, protección, excepciones y limitaciones existentes en materia de Derechos de Autor, permitiendo a los colaboradores de la EAAB-ESP conocer los tipos de creaciones intelectuales que gozan de protección legal y las reglas que definen a quién corresponden los derechos sobre las mismas.

El segundo expone un tema de actualidad frente a la “Protección de Datos y Big Data” el cual contiene un breve resumen de la evolución del derecho al Hábeas Data, la utilización y protección de los Datos Personales, el surgimiento del Big Data y la Inteligencia Artificial, finalizando con las recomendaciones de la autoridad establecida para la Protección de los Datos Personales en Colombia.

Un tercer artículo que explica los “*Contratos de Suministro e Interconexión de Agua Potable*” en especial aquellos celebrados por la EAAB – ESP, que busca analizar la normatividad aplicable a ese tipo de contratos y con mayor detalle desglosa la regulación desde el inicio de su aplicación hasta la fecha. Vale la pena destacar que la Empresa de Acueducto de Bogotá es el prestador que ha celebrado la mayor cantidad de estos convenios en el país.

Finalizando con una exposición sobre la “*Tasa Retributiva y Factor Regional*”. Este artículo aborda desde el análisis jurídico, sus antecedentes y vacíos, desarrolla las normas sobre la aplicación de este, y aboga por un cambio normativo de fondo que haga efectiva la inversión en la recuperación del cuerpo hídrico, reconozca los costos sociales y ambientales de los efectos causados por vertimientos puntuales y específicos y cumpla con la finalidad del instrumento de financiación.

Así es que esta segunda entrega del Boletín Jurídico, está compuesta por artículos que contienen información importante y útil para nuestros colaboradores y en general, para todos los usuarios finales y prestadores de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado de nuestro país.

Luz Marina Zapata García

OBSERVANCIA DEL DERECHO DE AUTOR EN EL MARCO DE LAS ACTIVIDADES DESARROLLADAS POR LA EAAB-ESP.

Escrito por:

Mónica Andrea Ramírez Hinestroza. Socia de la firma Crear Valor Legal SAS.

I. Introducción

La Propiedad Intelectual es una forma especial de propiedad, reconocida por nuestra Constitución Política², en virtud de la cual se reconocen derechos de exclusividad a los creadores de bienes incorporeales. Es muy importante tener en cuenta que todas las personas, tanto naturales como jurídicas, y dentro de estas últimas, las entidades privadas al igual que las públicas, tienen la posibilidad de ser titulares de activos intangibles protegibles por la Propiedad Intelectual y, en esa medida, es fundamental reconocer y gestionar adecuadamente esos activos, que en no pocas ocasiones, resultan ser incluso más valiosos que los bienes tangibles o corporales.

Adicionalmente, resulta importante advertir que el uso no autorizado de creaciones de terceros, expone a quien lo realiza a incurrir en una infracción a derechos de propiedad intelectual, razón por la cual es recomendable conocer cuáles son los diferentes tipos de creaciones intelectuales que gozan de protección legal y cuáles son las reglas que definen a quién corresponden los derechos sobre las mismas.

La Alcaldía Mayor de Bogotá presentó en el año 2018, la Política de Propiedad Intelectual del Distrito Capital, a través del cual se establecen los Principios Rectores generales para la gestión de los activos de Propiedad Intelectual, que son de obligatorio cumplimiento para las Entidades del Distrito Capital; así las cosas, la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá – ESP., es destinataria de la Política y responsable de su efectiva implementación. Para el efecto, actualmente y bajo el liderazgo de la Gerencia Jurídica de la EAAB-ESP, se está elaborando la Política de Propiedad Intelectual de la Empresa, la que tendrá en cuenta su naturaleza jurídica, su régimen de contratación y la clasificación y forma de vinculación de su personal, con la cual se pretende plantear una serie de reco-

2 El artículo 61 de la Constitución Política de Colombia establece que: "El Estado protegerá la propiedad intelectual por el tiempo y mediante las formalidades que establezca la ley".

mendaciones para asegurar una adecuada gestión de los derechos de Propiedad Intelectual de la Empresa y el respeto de los derechos de terceros.

En esa medida, este artículo pretende ofrecer unas nociones fundamentales sobre la disciplina jurídica de la Propiedad Intelectual y en particular sobre el Derecho de Autor, así como anticipar algunas recomendaciones aplicadas a la actividad de la EAAB - ESP.

II. Propiedad intelectual

Como se mencionó, el objeto de protección de la disciplina de la Propiedad Intelectual son los bienes incorporeales. A su vez, la ley reconoce tres ramas dentro de la Propiedad intelectual, a saber: (i) el Derecho de autor, que recae sobre las obras, entendidas como creaciones intelectuales de naturaleza literaria, artística o científica que cumplan con el requisito de la originalidad; (ii) la Propiedad Industrial, que tiene como objeto la protección de activos intangibles que se destinan a las actividades industriales o comerciales, como por ejemplo los signos que se utilizan para identificar productos o servicios que se ofrecen en el mercado y (iii) la Protección de los Obtentores de Variedades Vegetales, en virtud de la cual se otorga un derecho exclusivo a quien desarrolla una nueva variedad vegetal que cumpla con los requisitos establecidos en la normatividad vigente.

Tomando en consideración las actividades desarrolladas por la EAAB-ESP, en este escrito nos ocuparemos de aspectos básicos del primer tema, esto es, del Derecho de Autor.

III. El derecho de autor

Generalidades:

Como se mencionó, en virtud del derecho de autor se reconocen unos derechos exclusivos sobre las obras de naturaleza literaria, artística o científica que gocen de originalidad³.

³ “La originalidad implica que una obra se pueda diferenciar de otras obras de terceros. En su obra el autor ha impreso elementos propios de su espíritu (...) La originalidad exige que la obra presente una individualidad muy característica, que plasme la impronta de su autor de manera clara y evidente”. Tribunal de Justicia de la CAN, Interpretación Prejudicial expedida en el Proceso 295-IP-2019.

De acuerdo con lo establecido por la ley, los derechos surgen en cabeza del creador de la obra desde el momento mismo de la creación, sin que se requiera registro o cualquier otra formalidad para el efecto⁴.

Un listado no taxativo sobre las obras que se pueden proteger a través del Derecho de Autor, se encuentra en nuestra legislación vigente en materia de derechos de autor: artículo 4 de la Decisión 351 de 1993 de la CAN y en el artículo 2 de la Ley 23 de 1982, dentro de las cuales se encuentran las obras expresadas por medios escritos (como los artículos, revistas, periódicos, libros, entre otros), las obras musicales (con o sin letra), las obras audiovisuales (dentro de ellas las obras cinematográficas como las que combinan elementos visuales y sonoros), las obras plásticas o de bellas artes (tales como pinturas y dibujos), las bases de datos y el software; sin embargo, es claro que cualquier creación intelectual original, que sea susceptible de ser divulgada o reproducida por cualquier medio conocido o por conocer podrá considerarse como una obra para efectos de su protección por el derecho de autor.

IV. ¿Qué facultades otorga el derecho de autor sobre la obra?

Derechos Morales:

Los derechos morales se radican exclusivamente en cabeza del autor, esto es, la persona natural que creó la obra, y se concretan en facultades inalienables, irrenunciables, intransferibles e inembargables. Dentro de estas, cabe resaltar el derecho del autor a:

- a) *Conservar la obra inédita o divulgarla;*
- b) *Reivindicar la paternidad de la obra en cualquier momento; y,*
- c) *Oponerse a toda deformación, mutilación o modificación que atente contra el decoro de la obra o la reputación del autor⁵.*

4 El artículo 9 de la Ley 23 de 1982 establece: "La protección que esta ley otorga al autor, tiene como título originario la creación intelectual, sin que se requiera registro alguno. Las formalidades que en ella se establecen son para la mayor seguridad jurídica de los titulares de los derechos que se protegen".

Sobre este importante principio del Derecho de Autor, el Tribunal de Justicia de la CAN, a través de Interpretación Prejudicial emitida en el proceso 317-IP-2019, indicó: "la normativa andina acoge el criterio que hoy impera en casi todos los ordenamientos jurídico en el sentido de que la protección de los derechos autorales nace con la creación o materialización de la obra; es decir, se realiza sin necesidad de que el autor cumpla con formalidad o requisito alguno, como el del registro, por ejemplo".

5 Artículo 11 de la Decisión 351 de la CAN.

Derechos Patrimoniales:

El derecho de autor también incorpora para sus titulares unas facultades de naturaleza patrimonial, exclusivas y excluyentes para la utilización de la obra. Estas facultades son transferibles, renunciables, embargables y expropiables.

De acuerdo con la ley⁶, el titular de estas facultades patrimoniales, tiene sobre las obras el derecho exclusivo de autorizar o prohibir:

- a) *La reproducción de la obra bajo cualquier manera o forma. permanente o temporal, mediante cualquier procedimiento incluyendo el almacenamiento temporal en forma electrónica.*
- b) *La comunicación al público de la obra por cualquier medio o procedimiento, ya sean estos alámbricos o inalámbricos, incluyendo la puesta a disposición al público, de tal forma que los miembros del público puedan tener acceso a ella desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija.*
- c) *La distribución pública del original y copias de sus obras, mediante la venta o a través de cualquier forma de transferencia de propiedad.*
- d) *La importación de copias hechas sin autorización del titular del derecho.*
- e) *El alquiler comercial al público del original o de los ejemplares de sus obras.*
- f) *La traducción, adaptación, arreglo u otra transformación de la obra.*

V. Protección de las obras en el ciberespacio

Ahora bien, es importante advertir que las obras artísticas, literarias o científicas que se encuentran a disposición del público en un medio como internet, también gozan de protección por el derecho de autor en los mismos términos en que se protege una obra en el entorno analógico. Esto quiere decir, que la utilización de una obra que se encuentra en internet es un derecho reservado de manera exclusiva para el titular de derechos de autor sobre la obra.

Por tanto, el hecho de que una obra se encuentre en internet no significa de manera alguna que pertenezca al *dominio público* y en consecuencia se pueda reproducir, distribuir, transformar o comunicar de manera libre⁷.

6 Artículo 12 de la Ley 23 de 1982 modificado por el artículo 3 de la Ley 1915 de 2018.

7 El dominio público es un concepto legal que cobija, en primer lugar, las obras en relación con las cuales ha vencido la vigencia de los derechos patrimoniales; salvo casos particulares consagrados en la legislación, la regla general consiste en que los derechos

Con el advenimiento del entorno digital y las nuevas tecnologías, han surgido una serie de prácticas comúnmente realizadas a las que nos debemos referir brevemente para explicar cómo afectan derechos patrimoniales exclusivos en cabeza de los titulares de derechos.

En primer lugar, tenemos la digitalización de contenidos que se encuentran en medio físico. Esto es un cambio de formato que se puede realizar mediante scanner u otra tecnología análoga y es una modalidad de explotación que puede afectar tanto el derecho de transformación, como el mencionado derecho de reproducción que, como derechos patrimoniales de autor, son facultades exclusivas del creador mismo de la obra o de quien ejerza titularidad sobre ellos.

En segundo lugar, la descarga de archivos digitales es también una modalidad de explotación del derecho de reproducción pues implica la fijación temporal o permanente del contenido en un soporte. Al respecto, se ha entendido que el almacenamiento digital en un soporte electrónico constituye una reproducción en el sentido antes visto. Esta práctica se define comúnmente como *download*.

En tercer lugar, el acto de poner a disposición del público los contenidos en redes digitales, vg. en un sitio web, conocido también como *upload*, implica una distribución por transmisión digital de los mismos, y al respecto debemos puntualizar que el derecho de distribución, en cualquiera de sus modalidades, también es un derecho patrimonial que otorga facultades exclusivas al autor o a quien detente la titularidad del derecho.

VI. Excepciones y limitaciones a los derechos patrimoniales de autor

En materia de derechos de autor, la regla general indica que toda utilización de la totalidad o parte de una obra protegida por el derecho de autor debe ser previamente autorizada por el titular de los derechos respectivos.

Sin embargo, con el fin de buscar un equilibrio entre el interés particular de los titulares del derecho de autor y el interés general de la sociedad, la ley establece

patrimoniales sobre una obra tienen una vigencia de hasta 80 años contados a partir de la muerte del autor. También se encuentran en el dominio público, las obras folklóricas de autor desconocido y las obras sobre las cuales el autor ha renunciado de manera expresa a sus derechos patrimoniales. El hecho de que una obra sea puesta a disposición en un medio como internet, no implica una renuncia del titular a ejercer sus derechos patrimoniales.

casos específicos en los cuales se permite una libre utilización de las obras, sin necesidad de obtener una autorización expresa del titular ni pagar una remuneración por ello y sin incurrir en una infracción a los derechos exclusivos del titular⁸. Dentro del catálogo de excepciones y limitaciones que se ha establecido en nuestras normas de derechos de autor, resaltaremos a continuación las que están más relacionadas o resultan más aplicables a las actividades desarrolladas por la EAAB-ESP:

- **Derecho de cita**

De acuerdo con lo establecido en el literal a) del artículo 22 de la Decisión 351 de 1993, así como en el artículo 31 de la Ley 23 de 1982, al realizar una obra, como lo puede ser una publicación escrita o una producción audiovisual, puede resultar necesario incluir fragmentos de obras escritas o realizadas por otro autor. Pues bien, para esos casos, la ley consagra un Derecho de Cita, que es una excepción que nos permite hacer esa inclusión de manera legítima, sin necesidad de solicitar previamente la autorización del autor y sin pagar remuneración alguna por esa utilización. Sin embargo, este Derecho de Cita tiene un alcance y unos requisitos delimitados estrictamente a saber:

- Debe indicarse siempre la fuente y el nombre del autor del fragmento que se cita. Esto significa que cada vez que se transcriba un fragmento de la obra debe indicarse al lector quién es el autor del fragmento y cuál es el título de la obra citada, con lo cual, además de respetarse la autoría, se evita la confusión entre el fragmento y la opinión propia de quien cita.
- La extensión del fragmento o fragmentos transcritos debe ser la necesaria para cumplir el fin perseguido, que puede ser realizar un comentario crítico o reforzar una idea o un argumento propio. Esto significa que los fragmentos no deben ser tan extensos, ni pueden ser tantos ni tan seguidos que, según la ley, razonablemente puedan considerarse como una reproducción simulada y sustancial de la obra citada.

8 “Esas limitaciones y excepciones determinan que cualquier persona pueda lícitamente realizar ciertos actos respecto de una obra, sin autorización del autor o titular de los derechos sobre la creación intelectual. Sin embargo, por tratarse de situaciones excepcionales por las cuales se establecen límites al ejercicio del derecho de autor, deben contemplarse taxativamente en las leyes de derecho de autor, y deben interpretarse en sentido restrictivo. También es preciso que tales limitaciones y excepciones no afecten o atenten contra la normal utilización, circulación o explotación de las creaciones literarias o artísticas. Así lo han entendido las disposiciones internacionales y locales sobre la materia (Art. 13, Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio, ADPIC; artículo 21, Decisión 351 de 1993)”. Vega Jaramillo, Alfredo. Manual de Derecho de Autor. Dirección Nacional del Derecho de Autor. Bogotá, 2010. p 44.

En conclusión, toda utilización de una parte o un fragmento de una obra sin cumplir los requisitos mencionados para el Derecho de Cita, se considerará como un uso indebido de la obra⁹.

- **Utilización de obras que se encuentren de manera permanente en espacios públicos**

Tanto el literal h) de la Decisión Andina 351, como el artículo 39 de la Ley 23 de 1982, establecen, por vía de excepción, la posibilidad de que se realice la reproducción de obras que se encuentren situadas de forma permanente en espacios abiertos al público, como vías públicas, calles o plazas. Adicionalmente, se podrán comunicar públicamente, a través de radiodifusión o de transmisión por cable, esas reproducciones de las obras.

En virtud de esta excepción, podría, por ejemplo, tomarse unas fotografías de una escultura ubicada en un plaza pública, o hacer unas tomas audiovisuales frente a un mural o una obra arquitectónica y esa fotografía o grabación podrían, además comunicarse públicamente, todo esto, sin necesidad de solicitar autorización al titular de derechos sobre la obra artística. Ahora bien, se llama la atención de que la norma andina específicamente permite que, en este caso, se hagan dos tipos de comunicación pública: radiodifusión (esto es, por radio o televisión) o de transmisión por cable, por lo cual, no se pueden amparar en esta excepción los actos de comunicación pública a través de la página web o de las redes sociales de la Empresa.

- **Utilización de obras con fines de enseñanza**

Las instituciones educativas, como el Colegio Ramón B. Jimeno, se pueden beneficiar de las siguientes excepciones:

1. La incorporada en el literal b) del artículo 22 de la Decisión 351 de la CAN, que permite realizar fotocopias de artículos lícitamente publicados en periódicos o colecciones periódicas o de breves extractos de obras lícitamente publicadas.

⁹ “Como vemos, quien pretenda ejercer el derecho de cita debe cumplir con una serie de condiciones y obligaciones. En particular, la obra citada debe haber sido previamente accesible por el público de manera lícita; debe mencionarse la fuente y de ser el caso el autor; realizarse conforme los lineamientos de los usos honrados y además, limitarse a aquello que se requiera para conseguir el fin buscado con la mención de la obra anterior. Estas exigencias buscan asegurar el conocimiento, la verdad y la reputación”. Tribunal de Justicia de la CAN, Interpretación Prejudicial expedida en el Proceso 215-IP-2018.

Se exige que la fotocopia de estas obras se realice con fines específicos, esto es, para la enseñanza o para la realización de exámenes y con las siguientes condiciones:

- Que se haga en la medida justificada para el fin que se persiga.
 - Que se haga conforme a los usos honrados, es decir, que la utilización no afecte la normal explotación de la obra ni cause un perjuicio injustificado al titular del derecho.
 - Que las fotocopias así obtenidas no sean objeto de venta ni tengan directa o indirectamente fines de lucro.
2. La disposición contenida en nuestra legislación nacional sobre derecho de autor, Ley 23 de 1982, en su artículo 32, que de manera un poco más amplia que la norma comunitaria que acabamos de describir, permite *“utilizar obras literarias o artísticas o parte de ellas, a título de ilustración en obras destinadas a la enseñanza, por medio de publicaciones, emisiones de radiodifusión o grabaciones sonoras o visuales, dentro de los límites justificados por el fin propuesto, o comunicar con propósitos de enseñanza la obra radiodifundida para fines escolares, educativos, universitarios y de formación profesional sin fines de lucro, con la obligación de mencionar el nombre del autor y el título de las obras así utilizadas”*.
3. El literal j) del artículo 22 de la norma andina, permite *“realizar la representación o ejecución de una obra en el curso de las actividades de una institución de enseñanza por el personal y los estudiantes de tal institución, siempre que no se cobre por la entrada ni tenga algún fin lucrativo directo o indirecto, y el público esté compuesto exclusivamente por el personal y estudiantes de la institución o padres o tutores de alumnos y otras personas directamente vinculadas con las actividades de la institución”*.

VII. Titulares del derecho de autor

Lo primero que hay que advertir, es que el único titular originario de derechos morales y patrimoniales es el autor, que es la persona natural que creó la obra. Ahora bien, dado que los derechos patrimoniales sí pueden ser objeto de transferencia, cuando esto ocurre, la persona natural o jurídica que adquiere los derechos patrimoniales será considerado como titular derivado de estos derechos.

En otras palabras, la titularidad derivada puede adquirirse por diferentes modalidades, entre las que podemos destacar: la transferencia por acto entre vivos, por ejemplo cuando se realiza una cesión o transferencia de los derechos patrimoniales. También puede ocurrir que la transferencia opere por mandato de la ley, tal es el caso de las obras realizadas por empleados o funcionarios públicos, en cumplimiento de las obligaciones constitucionales y legales de su cargo¹⁰, o que ocurra en virtud de una presunción legal, como en el caso de las obras que se realizan en cumplimiento de un contrato de prestación de servicios o de un contrato de trabajo¹¹, así como también puede ocurrir la transferencia por causa de muerte del titular de los derechos patrimoniales.

Finalmente, es necesario aclarar que la cesión implica la transferencia, esto es, el desprendimiento de los derechos patrimoniales de parte del cedente en favor del cesionario, que se convertirá en el nuevo titular (derivado) de los derechos. Entretanto, la licencia, es el término con el que comúnmente se hace referencia a la autorización (sin transferencia) que otorga el titular exclusivo de los derechos patrimoniales al licenciataria para que este pueda utilizar la obra mediante su reproducción, su distribución, su transformación o su comunicación pública.

Así las cosas, si la EAAB-ESP requiere utilizar una obra, debe determinar quién es el titular de los derechos patrimoniales sobre la misma; por supuesto, cabe la posibilidad de que la Empresa sea la que ostente la titularidad, porque, por ejemplo, la obra haya sido creada por un empleado público en cumplimiento de las obligaciones constitucionales y legales del cargo que ocupa en la Empresa.

10 Ley 23 de 1982. "Artículo 91. Los derechos de autor sobre las obras creadas por empleados o funcionarios públicos, en cumplimiento de las obligaciones constitucionales y legales de su cargo, serán de propiedad de la entidad pública correspondiente. Se exceptúan de esta disposición las lecciones o conferencias de los profesores. Los derechos morales serán ejercidos por los autores, en cuanto su ejercicio no sea incompatible con los derechos y obligaciones de las entidades públicas afectadas".

11 "(...) tenemos aquella transferencia cuya fuente no es propiamente la voluntad del autor o del titular del derecho sino que tiene como causa inmediata la voluntad del legislador. Es una transferencia del derecho de autor de origen legal, que puede tener dos variables: la cesión legal y la presunción de transferencia.

En la primera, llamada por algunos como cesio legis "los cesionarios son, por ministerio de la ley titulares a título derivado (originariamente la titularidad corresponde a los autores); la presunción de cesión es iure et de iure respecto de los derechos de explotación específicamente comprendidos en la norma"¹³. Un ejemplo de este tipo de cesión en la legislación colombiana es la dispuesta en el artículo 91 de la Ley 23 de 1982, el cual establece, que "Los derechos de autor sobre las obras creadas por empleados o funcionarios públicos, en cumplimiento de las obligaciones constitucionales y legales de su cargo, serán de propiedad de la entidad pública correspondiente". Nótese cómo en ese caso la transferencia del derecho no tiene para nada en cuenta la voluntad del autor o titular originario, sino que es producto directo de un mandato legal, el cual, además de todo, no admite prueba o acuerdo en contrario.

La segunda variable son las presunciones de transferencia, aquí, en principio el legislador considera que de darse ciertos supuestos opera una transferencia de derecho, pero tal presunción admite prueba o pacto en contrario. Un ejemplo de este tipo de transferencia de origen legal es el de la obra por encargo o de la obra realizada en el marco de un contrato de trabajo, regulada en el artículo 20 de la Ley 23 de 1982 que fue objeto de modificación por el artículo 28 de la Ley 1450 de 2011". Ríos Pinzón, Yecid. Transferencia del derecho de autor (Reflexiones frente a la reciente reforma legislativa en Colombia). Revista Iberoamericana de Derecho de Autor No. 11. Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe (CERLALC), Bogotá, 2012. Pp 236-280.

Ahora bien, en caso de que los derechos patrimoniales sobre la obra estén en cabeza de un tercero, la Empresa deberá analizar si resulta más conveniente para los fines que persigue, obtener una autorización de uso de parte del titular o si requiere adquirir la titularidad de los derechos patrimoniales, caso en el cual, deberá proceder a suscribir un contrato de cesión, en virtud del cual se acuerde la transferencia de los derechos a favor de la EAAB-ESP.

VIII. Conclusiones

- Es muy importante reconocer y gestionar adecuadamente las creaciones protegibles por el derecho de autor de las que puede ser titular la EAAB-ESP.
- Es recomendable que todos los colaboradores de la EAAB-ESP conozcan cuáles son los diferentes tipos de creaciones intelectuales que gozan de protección legal y cuáles son las reglas que definen a quién corresponden los derechos sobre las mismas, para no incurrir en una infracción a derechos de autor por el uso no autorizado de creaciones de terceros.
- El derecho de autor reconoce a quien creó la obra (esto es, a la persona natural que se considera autor) unas facultades morales, que son inalienables, así como facultades patrimoniales (que sí resultan transferibles y pueden estar en cabeza de personas jurídicas) que son exclusivas de su titular.
- De acuerdo con lo anterior, la regla general indica que toda utilización de la totalidad o parte de una obra protegida por el derecho de autor debe ser previamente autorizada por quien sea el titular de los derechos respectivos.
- La utilización de una obra que se encuentra en internet también es un derecho reservado de manera exclusiva para el titular de derechos de autor sobre la obra.
- En virtud de las limitaciones y excepciones establecidas en las normas vigentes, existen algunos usos que la EAAB-ESP puede realizar sobre obras en relación con las cuales no tenga la titularidad de los derechos de autor.

Bibliografía

Congreso de la República de Colombia. Ley 23 de 1982 “Sobre derechos de autor”.

Constitución Política de Colombia.

Decisión 351 de 1993 de la Comisión de la Comunidad Andina de Naciones (CAN).

Ríos Pinzón, Yecid. Transferencia del derecho de autor (Reflexiones frente a la reciente reforma legislativa en Colombia). Revista Iberoamericana de Derecho de Autor No. 11. Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe (CERLALC), Bogotá, 2012. Tribunal de Justicia de la CAN, Interpretación Prejudicial Proceso 295-IP-2019.

Tribunal de Justicia de la CAN, Interpretación Prejudicial Proceso 317-IP-2019.

Tribunal de Justicia de la CAN, Interpretación Prejudicial Proceso 215-IP-2018.

Vega Jaramillo, Alfredo. Manual de Derecho de Autor. Dirección Nacional del Derecho de Autor. Bogotá, 2010.



Foto: Archivo EAAB

PROTECCIÓN DE DATOS Y BIG DATA

Escrito por:

Oscar Eduardo Mateus Duarte. Socio de la firma Crear Valor Legal SAS.

I. Introducción

La Administración Pública ha entrado en la era de la información, el interés general, elemento fundamental de las actuaciones administrativas, se sirve cada día más de la inteligencia artificial, el Big Data, y la gestión eficiente de los recursos tecnológicos.

La toma de decisiones, con base en los resultados del análisis de datos, no debe desconocer el Régimen de Protección de Datos Personales, cuya evolución, ha sido marcada principalmente por el vertiginoso desarrollo de las tecnologías de la información.

En la era de la información, el acceso a esta, demanda reconocer de manera expresa sus ventajas y deberes, pues no se podrá so pretexto de brindar algún beneficio al ciudadano, dejar de lado el respeto y protección de su privacidad e intimidad; será responsabilidad de la Administración, garantizar la protección de los datos personales de conformidad con el régimen legal vigente dispuesto para la protección de datos personales.

A continuación, presentaremos una breve reseña de la evolución del derecho al Hábeas Data, la utilización y protección de los Datos Personales, el surgimiento del Big Data y la Inteligencia Artificial, finalizando con las recomendaciones de la máxima autoridad establecida para la protección de los datos personales en Colombia, esto es, la Delegatura de Protección de Datos Personales de la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC).

II. Evolución del hábeas data

Pocas son las garantías y derechos de rango constitucional cuya evolución y protección de manera general se ven influenciados por el acelerado desarrollo de las tecnologías de la información. Hablar de Hábeas Data en 1992, se predicaba más del derecho al buen nombre y del comportamiento crediticio de la persona, y no propiamente respecto al uso de la información que era recolectada, dere-

cho que fue denominado el derecho a la autodeterminación informática, en este sentido, la Corte Constitucional ha señalado que “La autodeterminación informática es la facultad de la persona a la cual se refieren los datos, para autorizar su conservación, uso y circulación, de conformidad con las regulaciones legales.” , en igual sentido señala la Corte que es un reconocimiento expreso contenido en la Constitución Política de Colombia, artículo 15 de la Carta Fundamental, es la facultad que tienen todas las personas de “conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas.” La jurisprudencia constitucional ha fijado las siguientes reglas para verificar su afectación: “(...) el derecho al habeas data resulta vulnerado en los eventos en que la información contenida en un archivo de datos (i) sea recogida de forma ilegal, (ii) sea errónea, (iii) o verse sobre aspectos reservados de la esfera personal del individuo”

Cuando se adquieren bienes y servicios en el mercado, ya sea de manera directa en un establecimiento bancario, de comercio o a través de un sitio en internet, las personas entregan voluntariamente sus datos, y con ello, la autorización, en forma expresa o tácita, para su tratamiento apropiado conforme a la finalidad indicada o por lo menos esperada.

Otras veces de manera voluntaria, se publican a través de redes sociales información importante de nuestras actividades personales, laborales o de cualquier otra índole, información que puede ser susceptible de un inadecuado manejo por parte de terceros, comportando esto un reto jurídico a nivel global, cuya respuesta ha sido propender por la protección de las personas y la dignidad humana, mediante la expedición de sendas normativas que regulan la recolección y tratamiento de los datos personales.

A título ilustrativo, en la Unión Europea se comenzó a regular la protección de la intimidad y a restringir la circulación de los datos personales desde el año de 1980, desde esa fecha se han acogido diversas iniciativas regionales para la protección de los datos de las personas, siendo la más relevante, el Reglamento General de Protección de Datos (GDPR), que se ocupa de la protección de datos para todos los individuos dentro de la Unión Europea (UE); en Estados Unidos, se promulgó en los años 70, una norma de carácter general “Privacy Act” que restringía el uso inadecuado de los datos personales por parte del Gobierno Federal, a partir de esta norma que no le era aplicable al Gobierno Estatal o a los particulares, tuvo sendos desarrollos sectoriales, entre otras: “Health Insurance Portability and Accountability Act (HIPAA), Fair Credit Reporting Act (FCRA), Family Educational Rights and Privacy Act (FERPA); Gramm-Leach-Bliley Act (GLBA); Electronic Communications Privacy Act (ECPA)”.

En Colombia, la protección a los datos personales se desprende del artículo 15 de la Constitución Política, por el cual “Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas. En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución. (...)”, en desarrollo de este postulado, en el año 2008 se promulgó la Ley de Habeas Data, por la cual se dictan las disposiciones generales del Hábeas data y se regula el manejo de la información contenida en bases de datos personales, en especial la financiera, crediticia, comercial, de servicios, así como la proveniente de terceros países; posteriormente se expidió la Ley 1581 de 2012, en virtud de la cual se dictaron disposiciones generales para la protección de datos personales, permitiendo así un pleno ejercicio del derecho a la autodeterminación informática.

III. Big data

Pues bien, de poco más de una década para acá, el reto jurídico en relación con el Hábeas Data, comprende el Big Data, concebido éste como una nueva metodología de trabajo cuya posibilidad de realización obedece al acelerado desarrollo de las tecnologías de manejo de la información, que permiten el tratamiento de grandes volúmenes de datos, que igualmente se generan día a día gracias a las mismas tecnologías, se calcula que cada día se generan en el mundo 2.5 exabytes de datos, y que al menos el 90% de los datos guardados en la actualidad, han sido creados durante los dos últimos años. Se considera que en la era de la información los datos son el equivalente económico al oro, y que una adecuada gestión de éstos brindará importantes oportunidades en la toma de decisiones que generalmente redundarán en oportunidades de negocio o beneficio económico.

Viktor Mayer-Schönberger, profesor de regulación y gestión de internet en el Internet Institute de la Universidad de Oxford, y uno de los expertos más reconocidos internacionalmente en el mundo de los datos masivos, opina que :

“En la era de los datos masivos, los datos son el nuevo oro. Pero este nuevo oro sólo puede ser desenterrado si usamos los datos que tenemos. Mucho valor permanece oculto porque los datos no son usados. Tener suficientes conjuntos de

datos disponibles es esencial para que las startups que se dediquen a los datos masivos puedan prosperar, para que haya nuevos productos y servicios innovativos y para que en una escala más amplia pueda haber crecimiento económico.

Aquí el gobierno puede proveer subsidios para estimular el emprendimiento en temas de big data (y también para beneficiar a la sociedad). Pero este subsidio no sería económico (lo que es difícil de lograr en estos tiempos de austeridad, por otro lado), sino que es un subsidio en forma de datos que el gobierno ha recogido, de los cuales no se está usando todo su potencial y puede poner a disposición de las compañías de datos masivos y de la sociedad en su conjunto relativamente fácil.”

La idea principal del Big Data, es que a partir del tratamiento de cantidades inmensas de datos, se puedan comprender, ya sea por ser inferido o por descubrimiento, a través de poderosos procesadores y algoritmos, hechos o tendencias ocultos en las bases de datos cuyo análisis antes sólo se realizaba respecto de pequeñas cantidades de información.

Adicionalmente, el Big Data permite extraer información sobre aspectos del día a día cuya cuantificación de manera independiente no arroja un resultado útil en general pero que de manera conglomerada puede cuantificar resultados de datos no estructurados pero que están correlacionados, ejemplo de esto son las fotografías cuya información comprende la localización a través de GPS, o las recomendaciones de Amazon basadas en la actividad de compradores de un mismo producto.

En la medida que se realizan búsquedas y se halla nueva información correlacionada, el algoritmo se alimenta de esta nueva información y genera nuevas búsquedas con resultados más exactos, esto se conoce como machine learning, o en español aprendizaje computacional.

La idea general de esto es que en la medida en que se perfilan más las búsquedas, se pueden identificar problemas o soluciones a estos problemas, antes desconocidos, y cuya respuesta puede darse de manera pronta y eficiente, ejemplo de esto, puede un gobierno preparar una estrategia de salud eficiente si conoce los eventos que disparan los picos en ciertas enfermedades, la población afectada y las zonas de mayor influencia; el cambio con lo que tradicionalmente se ha hecho, es que siempre se hizo un análisis estadístico con base en pequeñas muestras de los datos y no con la totalidad de la data disponible.

Para la administración pública el Big Data representa una ventaja en la toma de decisiones, al realizar análisis predictivos le permite planear su desarrollo de manera eficiente, ajustar sus presupuestos conforme a necesidades reales, o velar por la prestación de servicios públicos eficientes, en beneficio de todos los ciudadanos, un ejemplo de esto puede ser el manejo del tráfico a través de plataformas como Waze, cuya información le permite programar mantenimientos y manejar el tráfico a las autoridades de cada ciudad en tiempo real.

El punto débil del Big Data, desde la óptica jurídica, es el tratamiento de datos personales, pues si bien la idea es obtener resultados a partir de la gestión de una inmensa cantidad de datos, estos pueden incluir datos personales, sensibles, privados o semiprivados, de carácter reservado o protegidos por la legislación de Protección de Datos Personales (PDP), la cual, exige para su recolección y tratamiento una autorización previa de su titular y la eliminación de cualquier riesgo derivado de un tratamiento inadecuado.

La administración pública de Bogotá no ha sido indiferente al Big Data, con una proyección futurista, a lo que se conoce como smart cities (ciudades inteligentes). Bogotá ha apoyado la creación de la Agencia Analítica de Datos de Bogotá (Ágata), con la finalidad de impulsar la toma de decisiones basadas en datos, y la generación de soluciones analíticas para transformar la ciudad y mejorar la calidad de vida de las personas, la iniciativa de la Alcaldía fue apoyada, entre otras empresas del Distrito, por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá ESP, generando no sólo un apoyo económico por su participación en la creación de esta empresa, sino un apoyo logístico importante, mediante el aporte de la materia prima, esto es, parte de los datos disponibles en la base de datos de la EAAB-ESP, la cual queda sujeto al cumplimiento de la Política de Protección de Datos de la Empresa y a los requerimientos previos establecidos en el acuerdo suscrito por ambas partes.

IV. Tratamiento de datos personales

Bajo el régimen de Protección de Datos Personales en Colombia, Dato Personal, es cualquier información vinculada o que pueda asociarse a una o varias personas naturales determinadas o determinables. Respecto de los datos personales, puede predicarse que estos sean de carácter:

- **Sensible:** se entiende por datos sensibles aquellos que afectan la intimidad del titular o cuyo uso indebido puede generar su discriminación, tales como aquellos que revelen el origen racial o étnico, la orientación política, las convicciones religiosas o filosóficas, la pertenencia a sindicatos, organizaciones sociales, de derechos humanos o que promueva intereses de cualquier partido político o que garanticen los derechos y garantías de partidos políticos de oposición, así como los datos relativos a la salud, a la vida sexual, y los datos biométricos.
- **Privado:** es el dato que por su naturaleza íntima o reservada sólo es relevante para el titular.
- **Semiprivado:** es el dato que no tiene naturaleza íntima, reservada, ni pública y cuyo conocimiento o divulgación puede interesar no sólo a su titular sino a cierto sector o grupo de personas o a la sociedad en general, como es el caso del dato financiero y crediticio, de actividad comercial o de servicios, a que se refiere el Título IV de la Ley 1266 de 2008.

Como categoría de especial protección están los datos personales de niños, niñas y adolescentes, cuyo tratamiento, en principio está prohibido, excepto cuando se trate de datos de naturaleza pública, de conformidad con lo establecido en el artículo 7° de la Ley 1581 de 2012 y cuando dicho tratamiento responda y respete el interés superior de los niños, niñas y adolescentes, y se asegure el respeto de sus derechos fundamentales.

De lo anterior, tenemos que, Dato Personal es cualquier información, es decir que desde el contenido, conforme a la evolución de la tecnología puede ser cualquier cosa, cuya naturaleza permite individualizar a un ser de la especie humana y su comportamiento, ejemplo de esto son las cookies, que permiten identificar al usuario de una computadora y su comportamiento en la red.

V. Big data e inteligencia artificial (IA)

¿Qué es la Inteligencia Artificial?

Desde una perspectiva lógica, en el portal web de IBM se refiere a la IA como:

“La inteligencia artificial aprovecha las computadoras y las máquinas para imitar las capacidades de resolución de problemas y toma de decisiones de la mente humana.” ;

Desde una perspectiva jurídica, el Parlamento Europeo ya se está ocupando por entender qué es y cómo se regula la IA:

“La inteligencia artificial es la habilidad de una máquina de presentar las mismas capacidades que los seres humanos, como el razonamiento, el aprendizaje, la creatividad y la capacidad de planear.”

Siguiendo la guía de la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) “Recomendaciones Generales para el Tratamiento de Datos en la Inteligencia Artificial” podemos concretar la relación entre la inteligencia Artificial y el Big Data, como:

“(…) término ‘sombrilla’ que incluye una variedad de técnicas computacionales y de procesos enfocados a mejorar la capacidad de las máquinas para realizar muchas actividades, los que comprenden desde modelos algorítmicos, pasando por los sistemas de Machine Learning, hasta llegar a las técnicas de Deep Learning.

Particularmente se vincula el uso de algoritmos a la IA, los cuales son un conjunto de reglas o una secuencia de operaciones lógicas que proporcionan instrucciones para que las máquinas tomen decisiones o actúen de determinada manera.

Los datos personales son esenciales para la IA porque se han convertido en un insumo crucial para el funcionamiento de algunos sistemas de inteligencia artificial. En efecto, la IA involucra la recolección, el almacenamiento, análisis, procesamiento o interpretación de enormes cantidades de información (big data), que es aplicada para la generación de diversos resultados, acciones o comportamientos por parte de las máquinas.

Surge la preocupación que el uso de información de carácter personal para el desarrollo de la IA sea respetuoso de los derechos humanos y del marco normativo aplicable al tratamiento de datos personales.”

Es importante resaltar que la normatividad sobre Protección de Datos Personales reconoce la importancia en la protección de los datos que son objeto de tratamiento, sin embargo, también reconoce la importancia de realizar el tratamiento, para la realización de diversas actividades lícitas, legítimas y de interés general o particular, como es el caso de Ágata.

Por lo anterior, la normatividad no se opone al tratamiento, sino que exige que el mismo esté rodeado de garantías adecuadas. En suma, las reglas sobre tratamiento de datos personales buscan evitar cualquier abuso que pueda generar una amenaza o vulneración de los derechos que asisten a los titulares de los datos, sin perjuicio del interés general que le asiste a la Administración Pública.

VI. Tratamiento de datos personales y big data

Teóricamente no hay un tratamiento de datos personales, cuando la información de las personas naturales es anonimizada o desasociada, pues, en teoría se tratan de datos que no pueden hacer identificable a una persona, pero cuya muestra y tratamiento pueden representar información importante para el responsable.

El Big Data, por comprender una vasta cantidad de información, desarticula la posibilidad de tratamiento anonimizado o desasociado, pues a través de la correlación de datos anónimos, puede lograr inferir los datos personales de un determinado titular.

VII. Guías para el cumplimiento normativo

La Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), como máxima autoridad administrativa en la Protección de Datos Personales, ha elaborado diferentes guías, que orientan el cumplimiento de la normatividad vigente en relación con los datos personales, acogiendo el cambio y evolución de las tecnologías de la información.

En la relación entre Inteligencia Artificial y Datos personales la SIC ha dispuesto una guía específica con diferentes recomendaciones para el cumplimiento normativo en la gestión de protección de datos.

Sin embargo, pese a lo novedoso del tema, las recomendaciones de la SIC giran en torno al régimen legal existente.

VIII. Conclusiones

- a) Es innegable que los datos son hoy en día una fuente de generación de riqueza, pero adicionalmente, unidos al desarrollo del Big Data, la Inteligencia Artificial y en general al desarrollo de las nuevas tecnologías, pueden ser una herramienta que aporte a la toma de decisiones con igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, es decir, que podemos hacer más eficiente y mejor la función administrativa, sin desmedro de la protección de los datos personales de los administrados.
- b) La aplicación de nuevas tecnologías para el procesamiento de la información no implica per se, el desconocimiento de la información vigente en materia de protección de datos personales.
- c) El respeto y la privacidad de las personas deben anteponerse al uso de soluciones novedosas, éstas deben ser acordes al régimen vigente y comprender desde el diseño por defecto la protección de los datos personales y el manejo ético de su tratamiento.
- d) Deben adoptarse esquemas adecuados de gobernanza sobre los datos personales, así la entidad puede conocer en todo momento las directrices que informan la actividad en la que por alguna razón deba hacerse tratamiento de datos personales.

Bibliografía

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia SU- 082 de 1995, M.P., Jorge Arango Mejía.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T- 522 de 1997, M.P., Vladimiro Naranjo Mesa.

Corte Constitucional, sentencia T-067 de 2007. M.P., Rodrigo Escobar Gil. Ley 1266 de 2008.

Puyol, J. (2015). Aproximación Jurídica y Económica al Big Data. Recuperado de <https://www.tirantonline.com.co/cloudLibrary/ebook/show/9788490866337?showPage=1>

Gonzalo, Marilín. (2013, Agosto 5). “Los datos masivos (o big data) son el nuevo oro”. Recuperado de https://www.eldiario.es/tecnologia/diario-turing/big-data_1_5767121.html

Ley 1581 de 2012, Art. 3º.

IBM, Portal web. <https://www.ibm.com/mx-es/topics/artificial-intelligence>

Parlamento Europeo. (2021). ¿Qué es la inteligencia artificial y cómo se usa? Recuperado de <https://www.europarl.europa.eu/news/es/headlines/society/20200827STO8804/que-es-la-inteligencia-artificial-y-como-se-usa>

Superintendencia de Industria y Comercio (SIC). (2019). “Recomendaciones Generales para el Tratamiento de Datos en la Inteligencia Artificial”. Recuperado en: [https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/pdf/1%20RIPD%20\(2019\)%20RECOMENDACIONES%20GENERALES%20PARA%20EL%20TRATAMIENTO%20DE%20DATOS%20EN%20LA%20IA.pdf](https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/pdf/1%20RIPD%20(2019)%20RECOMENDACIONES%20GENERALES%20PARA%20EL%20TRATAMIENTO%20DE%20DATOS%20EN%20LA%20IA.pdf)

Constitución Política de Colombia, Art. 209.



Foto: Archivo EAAB

CONTRATOS DE SUMINISTRO E INTERCONEXIÓN DE AGUA POTABLE

Escrito por:

Luz Marina Zapata García

I. Introducción

En primera instancia es de señalar que la Constitución Política, prevé en sus artículos 333 y 334 que la actividad económica y la iniciativa privada son libres dentro de los límites del bien común; asimismo, que el Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica.

Además, dentro del fundamento constitucional se tiene que el artículo 365, indica que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado y que es deber de este asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

A su turno, el Régimen de Servicios Públicos Domiciliarios, Ley 142 de 1994, dispone en su artículo 2° que, el Estado intervendrá en los servicios públicos, para garantizar la atención prioritaria de las necesidades básicas insatisfechas en materia de agua potable y saneamiento básico, así como la libertad de competencia y no utilización abusiva de la posición dominante.

Dicho régimen tiene como ámbito de aplicación los servicios públicos domiciliarios, dentro de los cuales se resalta el servicio de acueducto o de agua potable y para el caso particular las actividades complementarias de captación, procesamiento, tratamiento, almacenamiento y transporte.

La Ley 142 de 1994 además fija en el artículo 11 la función social de la propiedad en las entidades prestadoras de servicios públicos y señala que para cumplir dicha función, las entidades que presten servicios públicos tendrán, entre otras, la obligación de facilitar el acceso e interconexión de otras empresas o entidades que prestan servicios públicos, o que sean grandes usuarios de ellos, a los bienes empleados para la organización y prestación de los servicios.

Posteriormente, el Decreto Reglamentario 302 de 2000 (actualmente compilado en el Decreto Nacional 1077 de 2015¹²), reglamentario de la Ley 142 de 1994, definió¹³ el Servicio de Agua en Bloque, como aquel servicio que se presta a entidades que distribuyen y/o comercializan agua a distintos tipos de usuarios, si bien el termino regulatorio migró hacia contrato de suministro de agua potable como se verá más adelante, el termino de servicio de agua en bloque sigue vigente en el Decreto Único Reglamentario Sectorial.

Ahora bien, en concordancia con las normas citadas del Régimen de Servicios Públicos, esto es, el acceso e interconexión, la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento básico - CRA, emitió inicialmente la Resolución 608 de 2012, la cual tenía por objeto establecer los requisitos generales que debían ser observados por los prestadores de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y/o alcantarillado para acordar contratos de suministro de agua potable y de interconexión de acueducto y/o alcantarillado, señala la metodología para determinar la remuneración y/o peaje correspondiente, así como definir de manera general las condiciones con arreglo a las cuales la Comisión impondría, cuando hubiese lugar, las servidumbres sobre la infraestructura de los respectivos sistemas.

Dicha Resolución fue derogada por la Resolución CRA 759 de 2016¹⁴, la cual prácticamente replica el objeto de la Resolución CRA 608 de 2012, pero articulada con la metodología de remuneración fijada en las Resoluciones CRA 688 de 2014 y 735 de 2015; actos administrativos compilados en la Resolución CRA 943 de 2021.

Así las cosas, la regulación deja claro desde el principio que contratos de suministro e interconexión para la gestión de los servicios públicos esenciales se materializan a través de contratos que se rigen por las normas de derecho privado y que son celebrados entre prestadores, pero con intervención regulatoria mínima acotada a las normas desarrolladas en la Resolución CRA 759 de 2015, como se observará con mayor detalle a lo largo del presente artículo.

Por otro lado, es válido indicar que de acuerdo con el artículo 968 de Código de Comercio: *“El suministro es el contrato por el cual una parte se obliga, a cam-*

12 Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Vivienda, Ciudad y Territorio.

13 Artículo 3.46, Decreto Nacional 302 de 2000.

14 Compilada en la Resolución 943 de 2021, por la cual se compila la regulación general de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo.

bio de una contraprestación, a cumplir en favor de otra, en forma independiente, prestaciones periódicas o continuadas de cosas o servicios". Adicionalmente, que según lo establecido en el artículo 978 ibidem, cuando la prestación de un servicio esté regulada por el Gobierno, el precio y las condiciones de los contratos deberán sujetarse a los respectivos reglamentos.

El contrato de suministro de agua potable es definido en la Resolución CRA 759 de 2016 como aquel acuerdo de voluntades entre prestadores que tiene por objeto el suministro de agua potable por parte de un prestador proveedor a un prestador beneficiario, a cambio de una remuneración que cubra los costos del subsistema de suministro, para que éste la transporte y/o distribuya y comercialice entre sus usuarios.

Un supuesto de dichos contratos es el del reconocimiento de la autonomía de la voluntad de los prestadores para negociar la celebración de los contratos que sean necesarios para la prestación de los servicios públicos domiciliarios, en el caso particular, los contratos de suministro de agua potable, los de interconexión y los de vertimiento de aguas residuales para facilitar la prestación y organización de dichos servicios.

Pese a lo anterior, la Ley 142 de 1994 en su numeral 39.4 estableció un límite a la autonomía de la voluntad de los prestadores, al autorizar que las Comisiones de Regulación impongan servidumbres y regulen sus condiciones, cuando las partes no logren acordar los términos del suministro y/o la interconexión. Lo anterior en consonancia con el precitado artículo 11 de esta norma.

Esta imposición de servidumbres está encaminada a la protección de la competencia entre los prestadores de los servicios públicos bajo su regulación, a la regulación de los monopolios y la prohibición de abusos de posición dominante. Imposición que procede sólo a falta de acuerdo entre las partes, por solicitud de alguna de ellas ante la Comisión, para permitir la interconexión a bienes que se utilicen para la prestación de un servicio público domiciliario.

Es por ello que en los contratos de suministro e interconexión de agua potable existe una intervención regulatoria mínima la cual se encuentra contenida en la Resolución CRA 943 de 2021, por medio de la cual se establecen los requisitos generales aplicables a los contratos que suscriban los prestadores de servicios públicos domiciliarios de acueducto y/o alcantarillado, para el uso e interconexión de redes y para los contratos de suministro de agua potable e interconexión; se

señala la metodología para determinar la remuneración y/o peaje correspondiente y se establecen las reglas para la imposición de servidumbres de interconexión.

De manera que, a partir de la emisión de dicho acto administrativo se fija una normatividad aplicable a los contratos de suministro e interconexión de agua potable que sean firmados con posterioridad a la vigencia del acto.

Es así que la misma Resolución indica que, “*Los prestadores de servicios públicos que cuenten con contratos que se encuentren en ejecución a la entrada en vigencia de la Resolución CRA 759 de 2016, cuyo objeto sea el suministro de agua potable y/o la interconexión de acueducto y/o alcantarillado, podrán aplicar las reglas previstas en el presente Título, previo acuerdo entre las partes*”, dejando claro que los contratos vigentes al momento de la expedición del acto administrativo continúan con las reglas fijadas en el contrato y solo se hace obligatorio el cumplimiento de la regulación si así lo acuerden las partes.

Por otro lado, al fijar el fundamento legal de los contratos objeto de pronunciamiento debe señalarse que siendo eminentemente de derecho privado, no le son aplicables las normas de la Ley 142 de 1994 y la regulación del sector, salvo las expresamente señaladas. Las cuales encuentran su sustento en los artículos 32 y 39 de esta Ley, que determinan que la regulación puede delimitar la actividad económica y la iniciativa privada, en aras de asegurar la satisfacción de necesidades básicas establecidas por el constituyente y desarrolladas por el legislador, especialmente el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes y la garantía de acceso a los bienes y servicios básicos, por parte de todos los usuarios.

Al respecto conviene traer a colación lo sostenido por la Oficina Asesora Jurídica de la Superintendencia de Servicios Públicos cuando precisó en el concepto 132 de 2013, conforme lo sostenido en el Concepto OJ 2009- 930:

*“(...). En otras palabras, el contrato de venta de agua en bloque es un contrato comercial **que no corresponde como tal a un contrato de servicios públicos, en los términos del artículo 128 de la ley 142, de 1994.** En esa medida, los contratos de venta de agua en bloque surgen como consecuencia de actuaciones exclusivas de la órbita privada de las empresas prestadoras, que no reflejan ninguna relación entre las empresas y los suscriptores o usuarios.*

*Así las cosas, a los contratos de venta de agua en bloque **no les son aplicables las disposiciones** sobre suspensión, terminación y corte del ser-*

vicio, determinación del consumo facturable, instrumentos de medición del consumo, defensa de los usuarios en sede de empresa y demás situaciones que son propias de la ejecución de los contratos de condiciones uniformes, regulados por la ley 142 de 1994.”

Es así, que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 32 y en el párrafo del artículo 39 de la Ley 142 de 1994, por regla general, los actos y contratos que celebren las empresas de servicios públicos, se regirán por el derecho privado.

II. Antecedentes de la regulación actual

La Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico CRA expidió como primer antecedente regulatorio de los contratos de suministro de agua, la Resolución 608 de 2012, por medio de la cual se establecieron los requisitos generales a que debían someterse los Prestadores de Servicios Públicos para el uso e interconexión de redes, señaló la metodología para determinar la remuneración y se fijaron las reglas para la imposición de servidumbres de interconexión.

En este punto es relevante indicar que la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-186 de 2011, con relación a la intervención del Estado a través de las Comisiones de Regulación, señaló que: *“La intervención del órgano regulador en ciertos casos supone una restricción de la autonomía privada y de las libertades económicas de los particulares que intervienen en la prestación de los servicios públicos, sin embargo, tal limitación se justifica porque va dirigida a conseguir fines constitucionalmente legítimos y se realiza dentro del marco fijado por la ley.”*

Ahora bien, la resolución bajo análisis deja claro de entrada que la naturaleza de dichos contratos corresponde a la órbita del derecho privado y que la intervención estatal se limita a regular el acceso compartido y/o de interconexión de bienes indispensables para la organización y la prestación de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado, para la correcta gestión de los mismos por parte de los prestadores que no cuenten con la infraestructura necesaria.

Si bien la Resolución CRA 608 de 2012 era vinculante para los contratos de suministro e interconexión de agua y/o alcantarillado celebrados con posterioridad de abril del año 2012, lo cierto es que no podía imponerse a los contratos vigentes al momento de la expedición de la regulación, motivo por el cual el artículo 16 del acto administrativo indicó que *“A la entrada en vigencia esta resolución, los prestadores de servicios públicos que cuenten con contratos que estén en ejecu-*

ción, cuyo objeto sea el suministro de agua potable y/o la interconexión de acueducto y/o alcantarillado, podrán aplicar las reglas previstas en esta resolución.”

Una vez en firme la regulación citada, en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo CPACA, la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá EAAB ESP, demandó los numerales 3.26 y 3.45 del artículo 3 del Decreto Nacional 302 de 2000, modificado por el Decreto Nacional 229 de 2002, actualmente compilados en el Decreto Nacional 1077 de 2015 y solicitó la nulidad de los artículos 1, 2 (literales a, f, g, h, k y l) 3, 4 (literales a, c, d, y f) 5, 6 (numerales 1 y 2) 7 y 8, 9, 10 (inciso segundo literal b) 12, 13, 14, 15 16, y 17 de la Resolución CRA 608 de 2012.

La argumentación de la Empresa se centraba en señalar que las normas de los decretos demandados desconocían que el agua es un bien de dominio público e inalienable y se transgredían las normas sobre concesiones del uso de recurso hídrico (artículos 80, 88 y 89 del Decreto Ley 2811 de 1974, entre otras).

Además, argumentó la EAAB - ESP, que las normas demandadas crearon una forma de servicio que no contempla la Ley 142 de 1994, que con la venta de agua en bloque el proveedor, titular de la concesión, perdía el control del recurso hídrico, desatendiendo la responsabilidad por los vertimientos y que se vulnera el artículo 12 de la Ley 388 de 1997, sobre el perímetro de servicios.

Así mismo, la demanda de nulidad incluía argumentos direccionados a señalar que las normas de la Resolución, desconocían las normas sobre las cuales se fijan las servidumbres, entre ellas el artículo 919 del Código Civil y siguientes.

El Consejo de Estado a través de la Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Primera, profirió fallo con radicado No 1101 03 24 000 2012 00317 00 del 18 de octubre de 2018, desestimando los argumentos de la demanda de nulidad, con las consideraciones que de manera sucinta se plasman a continuación:

- El hecho que se desconozca el carácter inalienable del agua no se evidencia con la sola existencia de la norma *“tendrán que ser ponderadas en juicios concretos”*¹⁵. De manera que deberá estudiarse de forma particular si los

15 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Consejero Ponente: Oswaldo Giraldo López, 18 de octubre de 2019, Radicado No 1101 03 24 000 2012 00317 00

asuntos de comercialización y distribución del agua constituyen un exceso al límite impuesto por la autoridad ambiental.

- A juicio de este tribunal, no existe una nueva forma de prestación del servicio de acueducto, por cuanto de la lectura del numeral 22 del artículo 14 de la Ley 142 de 1994, se deduce que la venta de agua en bloque (hoy, contrato de suministro de agua potable) *“es la conducción del recurso hídrico y la consiguiente distribución de las actividades que definen el servicio.”*¹⁶
- No existe transgresión alguna al ordenamiento territorial, léase al artículo 12 de la Ley 388 de 1997, en la medida en que la norma que definía, el nuevo servicio por fuera de la jurisdicción, lo que buscaba mientras estuvo vigente, fue la cobertura de la prestación de este tipo de servicios públicos, finalidad primordial del Estado Social de Derecho.
- La Resolución 608 de 2012 *“no creó el contrato de suministro de agua potable y de interconexión de acueducto y alcantarillado, sino que fue el Legislador quien, en uso de su potestad de configuración, previo la posibilidad de que dos ESP o una de ella con un proveedor o usuario celebraran un contrato sin denominación, cuyo objeto fuese el acceso compartido a interconexión de los bienes requeridos para la prestación de servicios públicos.”*¹⁷. Lo anterior buscando mayor cobertura, calidad y continuidad de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado.
- De cara a las servidumbres señala el Consejo de Estado, que fue el legislador quien creó dicha figura en el marco del Régimen de los Servicios Públicos al fijar en el artículo 39 de los Contratos Especiales, la posibilidad y facultad de sí *“Las partes no de convienen, en virtud de esta Ley, la comisión de regulación podrá imponer una servidumbre de acceso o de interconexión a quien tenga el uso del bien.”*. Adiciona a este punto, que la servidumbre no recae sobre el recurso hídrico, sino sobre la infraestructura que lo transporta.

Ahora bien, generado el análisis anterior sobre la regulación en materia de contratos de suministro de agua potable e interconexión (antiguamente agua en bloque), se indica que con la expedición de la Resolución CRA 759 de 2016 (compilada en la Resolución CRA 943 de 2021) se derogó la Resolución CRA 608 de 2012.

16 Ibidem, página 52.

17 Ibidem, página 62.

III. Análisis de la regulación vigente

La Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico CRA en el año 2016, emitió la Resolución 759 la cual tiene por objeto “establecer los requisitos generales que deberán ser observados por los prestadores de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y/o alcantarillado, para suscribir contratos de suministro de agua potable y/o de interconexión de acueducto y/o alcantarillado, independientemente de la denominación que las partes le otorguen en el marco de sus relaciones jurídicas; señalar la metodología para determinar la remuneración y/o peaje correspondiente, así como definir de manera general las condiciones con arreglo a las cuales la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico impondrá, cuando haya lugar, las servidumbres sobre la infraestructura de los respectivos sistemas.”, actualmente artículo 2.4.2.1.1. de la Resolución CRA 943 de 2021.

En este punto es relevante indicar que la regulación general vigente de los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo se encuentra compilada en la Resolución CRA 943 de 2021 y específicamente que el Libro 2 “Disposiciones Generales Aplicables a los Servicios Públicos Domiciliarios de Acueducto y Alcantarillado” en la Parte 4 “Contratos de Suministro de Agua Potable e Interconexión” se desarrolla en gran parte la regulación asociada a dichos contratos como se analizará.

El marco regulatorio de los contratos de suministro e interconexión de acueducto, se encuentra fijado en la Parte 4 del Libro 2 de la Resolución CRA 943 de 2021, el cual está conformado por dos títulos a saber: Título 1 “Régimen de interconexión” y Título 2 sobre los requisitos generales aplicables a los contratos, el cual a su vez tiene 8 Capítulos.

El primer título, inicia fijando la garantía de acceso e interconexión de redes y recordando la función social de la propiedad que las personas prestadoras de servicios públicos domiciliarios tienen sobre las redes y bienes asociados a la prestación de los servicios¹⁸.

Continúa el regulador dentro del Título 2, fijando el objeto previamente citado y las definiciones¹⁹, las partes de la negociación, los requisitos generales y ele-

18 Antiguo art. 1.3.8.1 Resolución CRA 151 de 2001.

19 Capítulo 1, Parte 4, Libro 2, Resolución 943 de 2021.

mentos para la celebración del respectivo contrato, así como las obligaciones, los excedentes de capacidad excedentaria y el reporte, publicación y envío de información de los contratos al Sistema Único de Información –SUI²⁰.

Los capítulos 3, 4, 5 y 6 tratan sobre los costos así: Suministro de Agua Potable, de Interconexión a Subsistemas de Suministro, Transporte y/o Distribución de Agua Potable, de Interconexión a Subsistemas de Recolección, Transporte, Tratamiento y/o Disposición Final de Aguas Residuales y de Conexión a Sistemas de Acueducto y/o Alcantarillado.

Continúa el acto administrativo fijando el procedimiento a seguir en caso de no existir consenso entre las partes para la celebración del contrato, a través de la solicitud e imposición de servidumbre ante la Comisión de Agua Potable y Saneamiento Básico CRA²¹.

Y culmina el aparte de la resolución con unas disposiciones finales, tales como: i) modificaciones por variaciones sustanciales en la demanda, ii) contratos actuales de interconexión para la prestación del servicio público de acueducto y/o alcantarillado, sus actividades complementarias y/o de suministro de agua potable y prórrogas y iii) sistema alternativo de abastecimiento²².

Existen adicionalmente normas regulatorias compiladas y distribuidas a lo largo de la resolución compilatoria, en su mayoría asociadas a las tarifas.

De esta manera se tiene que conforme a la regulación, únicamente están facultados para celebrar contratos de suministro e interconexión de agua potable, los prestadores de servicios públicos domiciliarios, quienes deben encontrarse constituidos bajo cualquiera de las formas contempladas en el artículo 15 de la Ley 142 de 1994.

Hasta aquí se puede concluir como lo hizo la Oficina Jurídica de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios mediante Concepto No 84 de 2021 que: *“el contrato de suministro de agua potable, constituye una modalidad contractual que se erige como una garantía de abastecimiento o aumento de cobertura en áreas de prestación de las empresas, en el que el beneficiario es un prestador del servicio público domiciliario de acueducto y/o alcantarillado, que*

20 Capítulo 2, Parte 4, Libro 2, Resolución 943 de 2021.

21 Capítulo 7, Parte 4, Libro 2, Resolución 943 de 2021.

22 Capítulo 8, Parte 4, Libro 2, Resolución 943 de 2021.

suscribe dicho contrato con otro prestador de estos servicios, denominado proveedor, con la finalidad última de prestar dichos servicios a los usuarios, sin que estos usuarios finales, hagan parte de la relación contractual.”

Por último, es importante resaltar en los mismos términos de la Comisión de Regulación en el documento de trabajo de la Resolución CR 759 de 2016, que la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá es la entidad que ha celebrado la mayor cantidad de estos convenios en el país, razón por la cual requiere estudio y observación del tema no solo por lo colaborares internos, sino por el sector mismo.

Conclusiones

- De conformidad con la Carta Política la actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común, ahora bien, dicha libertad, tiene un límite legal en materia de servicios públicos domiciliarios, al autorizar que las Comisiones de Regulación puedan imponer servidumbres y regular sus condiciones, cuando las partes no logren acordar los términos del suministro y/o la interconexión.
- Los contratos de suministro e interconexión de agua potable son contratos de naturaleza privada, por ende, se rigen por las normas consagradas en el Código de Comercio y Código Civil, con intervención regulatoria mínima generada en el marco de ley.
- El Código de Comercio en su artículo 968 define el contrato de suministro, así: *“El suministro es el contrato por el cual una parte se obliga, a cambio de una contraprestación, a cumplir en favor de otra, en forma independiente, prestaciones periódicas o continuadas de cosas o servicios”*.
- La Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico CRA emitió la Resolución 608 de 2012, derogada por la Resolución 759 de 2016 (actualmente compilada en el Resolución CRA 943 de 2021) que tiene por objeto, establecer los requisitos generales que deberán ser observados por los prestadores para suscribir contratos de suministro de agua potable y/o interconexión de acueducto y/o alcantarillado.
- El contrato de suministro e interconexión de agua potable se encuentra definido en la Resolución CRA 943 de 2021, como aquel acuerdo de voluntades entre prestadores que tiene por objeto el suministro de agua potable por parte de un prestador proveedor a un prestador beneficiario, a cambio de una remuneración que cubra los costos del subsistema de suministro, para que éste la transporte y/o distribuya y comercialice entre sus usuarios.

- El Consejo de Estado mediante fallo No 1101 03 24 000 2012 00317 00 del 18 de octubre de 2018, negó las pretensiones de la demanda acerca de la nulidad de los numerales 3.26 y 3.45 del artículo 3 del Decreto Nacional 302 de 2000, modificado por el Decreto Nacional 229 de 2002 (actualmente compilados en el Decreto Nacional 1077 de 2015) y de la Resolución CRA 608 de 2012.
- El marco regulatorio de los contratos de suministro e interconexión de agua potable se encuentra definido en la Parte 4 del Libro 2, Título 1 “*Régimen de interconexión*” y Título 2 sobre los requisitos generales aplicables a los contratos de la Resolución CRA 943 de 2021.

Bibliografía

Constitución Política de Colombia.

Ley 142 de 1994; Régimen de Servicios Públicos Domiciliarios.

Decreto Nacional 1077 de 2015.

Resolución No. 759 de 2016, compilada en el Resolución CRA 943 de 2021.

Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico- CRA.

Consejo de Estado. Fallo No. 1101 03 24 000 2012 00317 00 del 18 de octubre de 2018.



Foto: Archivo EAAB

LA TASA RETRIBUTIVA Y EL FACTOR REGIONAL

Escrito por:

Luz Marina Zapata García

I. Introducción

La Ley 99 de 1993 crea el Ministerio del Medio Ambiente, reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, y organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA, y dicta otras disposiciones.

En su artículo 42 se establece el alcance de tasas retributivas y compensatorias, indicando expresamente que estas son:

*“La utilización directa o indirecta de la atmósfera, del agua y del suelo, para introducir o arrojar desechos o desperdicios agrícolas, mineros o industriales, aguas negras o servidas de cualquier origen, humos, vapores y sustancias nocivas que sean resultado de actividades antrópicas o propiciadas por el hombre, o actividades económicas o de servicio, sean o no lucrativas, **se sujetará al pago de tasas retributivas por las consecuencias nocivas de las actividades expresadas.**”*

*“También podrán fijarse **tasas para compensar los gastos de mantenimiento de la renovabilidad de los recursos naturales renovables.**”*

Para la definición de los costos y beneficios de que trata el inciso 2 del artículo 338 de la Constitución Nacional, sobre cuya base hayan de calcularse las tasas retributivas y compensatorias a las que se refiere el presente artículo, creadas de conformidad con lo dispuesto por el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente, Decreto 2811 de 1974, se aplicará el sistema establecido por el conjunto de las siguientes reglas:

- a) La tasa incluirá el valor de depreciación del recurso afectado;*
- b) El Ministerio del Medio Ambiente teniendo en cuenta los costos sociales y ambientales del daño, y los costos de recuperación del recurso afectado, definirá anualmente las bases sobre las cuales se hará el cálculo de la depreciación;*
- c) El cálculo de la depreciación incluirá la evaluación económica de los daños sociales y ambientales causados por la respectiva actividad. Se***

entiende por daños sociales, entre otros, los ocasionados a la salud humana, el paisaje, la tranquilidad pública, los bienes públicos y privados y demás bienes con valor económico directamente afectados por la actividad contaminante. Se entiende por daño ambiental el que afecte el normal funcionamiento de los ecosistemas o la renovabilidad de sus recursos y componentes;

d) *El cálculo de costos así obtenido, será la base para la definición del monto tarifario de las tasas.* (resalto y subrayo).

La norma precitada establece, además, un sistema y método de definición de los costos sobre cuya base se establecerá la Tasa Retributiva y determina que las mismas, solamente se aplicarán a la contaminación causada dentro de los límites que permite la ley, sin perjuicio de las sanciones aplicables a actividades que excedan dichos límites.

En este punto es importante mencionar que dentro de los costos medios que integran el marco tarifario de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado, se encuentra el costo medio de tasas ambientes, que incluye la Tasa Retributiva.

Entonces, para determinar el alcance del concepto de la Tasa Retributiva o compensatoria, se debe acudir a los principios generales ambientales y reglas incorporadas en la Constitución Política y en la Ley 99 de 1993, en lo cual, la Corte Constitucional en la Sentencia C - 465 de 1993 ha establecido que esta clase de tasas:

“...son aquellos ingresos tributarios que se establecen unilateralmente por el Estado, pero sólo se hacen exigibles en el caso de que el particular decida utilizar el servicio público correspondiente. Es decir, se trata de una recuperación total o parcial de los costos que genera la prestación de un servicio público; se autofinancia este servicio mediante una remuneración que se paga a la entidad administrativa que lo presta”.

“Toda tasa implica una erogación al contribuyente decretada por el Estado por un motivo claro, que, para el caso, es el principio de razón suficiente: Por la prestación de un servicio público específico. El fin que persigue la tasa es la financiación del servicio público que se presta.”

“La tasa es una retribución equitativa por un gasto público que el Estado trata de compensar en un valor igual o inferior, exigido de quienes, independientemente de su iniciativa, dan origen a él.”

“Bien importante es anotar que las consideraciones de orden político, económico o social influyen para que se fijen tarifas en los servicios públicos, iguales o inferiores, en conjunto, a su costo contable de producción o distribución. Por tanto, el criterio para fijar las tarifas ha de ser ágil, dinámico y con sentido de oportunidad. El criterio es eminentemente administrativo.”²³

Para entender este tema en materia ambiental, se debe traer a este análisis los conceptos de daño social²⁴ y ambiental²⁵, establecidos en el citado artículo 42, respecto a la obligación de pagar la tasa retributiva y compensatoria, considerando para ello también otras definiciones de la misma Ley y en el Decreto 1076 de 2015²⁶.

Así, el Decreto 1076 de 2015, en el Capítulo Tercero sobre Licencias Ambientales, artículo 2.2.2.3.1.1., define compensación en los siguientes términos:

“Para la correcta interpretación de las normas contenidas en el presente decreto, se adoptan las siguientes definiciones:

Medidas de compensación: *Son las acciones dirigidas a resarcir y retribuir a las comunidades, las regiones, localidades y entorno natural por los impactos o efectos negativos generados por un proyecto obra o actividad que no puedan ser evitados, corregidos o mitigados.”*

Las definiciones anteriores incluyen la expresión “daño, impactos o efectos negativos” que se entiende como aquellos perjuicios tolerables generados por una actividad al realizar vertimientos a un cuerpo hídrico receptor el cual es administrado por las autoridades Ambientales.

Esta idea debe entenderse bajo la premisa de que los vertimientos de aguas residuales domésticas e industriales que se realizan a todo cuerpo hídrico receptor genera impactos ambientales negativos que se toleran en virtud de la capacidad de asimilación del cuerpo hídrico receptor, conforme a los objetivos y metas de calidad propuestos por la autoridad ambiental y los usuarios de la cuenca.

23 Corte Constitucional de Colombia. 1993. Sentencia C-465 de 1993.

24 “Se entiende por daños sociales, entre otros, los ocasionados a la salud humana, el paisaje, la tranquilidad pública, los bienes públicos y privados y demás bienes con valor económico directamente afectados por la actividad contaminante.” Artículo 42, Ley 99 de 1993.

25 “Se entiende por daño ambiental el que afecte el normal funcionamiento de los ecosistemas o la renovabilidad de sus recursos y componentes.” Ibidem.

26 Decreto Único Reglamentario del Sector Ambiente y Desarrollo Sostenible.

Es entendible que sólo cuando el cuerpo hídrico receptor tenga la capacidad de recibir y tolerar todo impacto causado, es factible hablar de daño, impactos o efectos ambiental negativo causado en virtud de los vertimientos realizados, y por ello, quien los hace, debe asumir el costo o retribución que se traduce en un impuesto a favor de las autoridades ambientales.

Se supone que en un contexto de baja peligrosidad para la salud humana, para la conservación ambiental o para el entorno paisajístico, las autoridades ambientales consideran que los vertimientos realizados son “tolerados”, considerando las políticas ambientales del país que permiten su causación, siempre y cuando la persona, natural o jurídica, causante del daño, impacto o afectación, los retribuya o compense.

En paralelo con esto se debe analizar el alcance del concepto de impactos que nuestra legislación ambiental “no tolera” y que harían inviable cualquier actividad de disposición final de aguas residuales domésticas o industriales y que, si llegaren a ocurrir, serían objeto de una investigación sancionatoria ambiental y de negación del respectivo permiso de disposición final.

La definición de daño, impacto o efectos negativos causados por contaminación, degradación y otros tipos de afectados, fueron definidos por el Legislador en el artículo 8º del Decreto 2811 de 1974, en el que se estableció un listado enunciativo de los factores que deterioran el ambiente, entre los cuales se encuentra la contaminación del aire, de las aguas, del suelo y de los demás recursos naturales renovables.

Lo anterior es importante para establecer la legitimidad del cobro de la tasa retributiva o compensatoria, pues cuando el cuerpo hídrico receptor no tiene la capacidad de asimilación, resiliencia y tolerancia, se puede generar un efecto jurídico no deseado, considerando para ello los alcances que tiene establecido la Corte Constitucional, por ejemplo, en la sentencia T-254 de 1993, bajo la siguiente interpretación judicial:

“La autoridad ambiental, debe admitir el ejercicio de una actividad económica legítima cuando su ejercicio no comprometa los límites tolerables de la contaminación, pues si los excede, el bien común exigirá que restrinja o se prohíba al particular el ejercicio de su actividad. [...] Debe saber quién asuma una actividad contaminante, que su primera responsabilidad, por encima de cualquier otra, es establecer los mecanismos más adecuados y eficaces para suprimir,

o cuando menos reducir al mínimo tolerable, los efectos nocivos que se puedan deducir de tal actividad, aparte de que debe pagar, según las tasas de retribución ambiental que se establezcan”²⁷

Ello ha permitido a la misma Corte Constitucional en la Sentencia T - 080 de 2015, sostener que los niveles permisibles de contaminación deben “establecerse de antemano y científicamente, de acuerdo con los niveles de resiliencia del ecosistema y siguiendo los principios de prevención y precaución”, cuyos estándares habrán de actualizarse periódicamente. Al estar comprobado el deterioro ambiental, que es de alcance mundial, el margen de lo tolerable tendrá que establecerse de una manera “más rigurosa”, con la finalidad superior de que la perturbación o el desequilibrio natural “tiendan a evitarse o disminuirse”.²⁸

También, la Corte Constitucional al analizar la demanda de inexecutable de la Ley 1333 de 2009, en la Sentencia C - 632 de 2011, trató el tema en los siguientes términos:

“El proceso de restitución o restauración ecológica que se adelanta a través de las llamadas medidas compensatorias, requiere, en cada caso, de una valoración técnica del daño o impacto negativo causado al medio ambiente con la infracción, por cuenta de la autoridad ambiental competente. Tal circunstancia, descarta de plano que el ordenamiento jurídico ambiental pueda hacer una descripción o enumeración taxativa de las medidas compensatorias. En efecto, el componente tecnológico e incluso científico que identifica el manejo medio ambiente, exige que la medida compensatoria a adoptar, solo pueda determinarse una vez se establezca la clase y magnitud del daño sufrido por el ecosistema en cada situación particular y concreta. De este modo, la naturaleza, alcance y tipo de medida, corresponde definirlo a la entidad técnica ambiental de acuerdo con la evaluación que ésta haga de cada daño, lo cual asegura además, que la misma resulte equilibrada y coherente y permita cumplir el objetivo de restituir in natura el valor del activo natural afectado.”²⁹

27 Corte Constitucional de Colombia. 1993. Sentencia T-254 de 1993.

28 Corte Constitucional de Colombia. 2015. Sentencia T-080 de 2015.

29 Corte Constitucional de Colombia. 2011. Sentencia C-632 de 2011.

Por otro lado, no sobra señalar que la destinación de las tasas retributivas es específica, toda vez que debe ser invertida en proyectos de descontaminación y monitoreo de la calidad del recurso hídrico.

II. La tasa retributiva, el factor regional y su marco jurídico

De conformidad con la propia página del Ministerio de Ambiente *“La tasa retributiva por vertimientos puntuales, es un instrumento económico que contribuye al control de la contaminación hídrica buscando cambiar en el comportamiento de los agentes contaminadores, generando conciencia del daño ambiental que ocasionan tanto las actividades diarias como los diferentes sectores productivos. Asimismo, se obtienen importantes recursos económicos para la inversión en proyectos de descontaminación hídrica y monitoreo del recurso hídrico.”*³⁰

Mediante reglamentación del artículo 42, el Gobierno ha emitido varios Decretos que se enunciarán más adelante y adicionalmente emitió Resolución 1433 de 2004 la cual define el Plan de Saneamiento y Manejo de Vertimientos – PSMV, como un conjunto de programas, proyectos y actividades, con sus respectivos cronogramas e inversiones necesarias para avanzar en el saneamiento y tratamiento de los vertimientos, los cuales deberán estar articulados con los objetivos y las metas de calidad y uso que defina la autoridad ambiental competente para la corriente.

De manera que el PSMV es un instrumento de planificación del sector de alcantarillado, cuyo titular es el prestador del servicio, que cuenta con autorización ambiental y que fija la meta individual de la tasa retributiva.

Ahora bien, con fin de facilitar la consulta y buscar una solución integral a la aplicación de las normas vigentes, se fija el marco normativo asociado a la Tasa Retributiva y de manera introductoria al Factor Regional, así:

- Decreto 2667 de 2012 (Contenido en el Decreto 1076 de 2015).
- Decreto 2141 de 2016. Ajuste del factor regional por causales no imputables al prestador del servicio público de alcantarillado.
- Resoluciones 273 de 1997 y 327 de 1998: Establecen y actualizan las tarifas mínimas para los parámetros de DBO y SST.
- Resolución 081 de 2001: Adopta el formulario de reporte de información

30 <https://www.minambiente.gov.co/negocios-verdes/tasa-retributiva-por-vertimientos-puntuales>

sobre la implementación del instrumento económico en las Autoridades Ambientales.

- Resolución 1433 de 2004 y Resolución 2145 de 2005: Planes de Saneamiento y Manejo de Vertimientos – PSMV
- Ley 1450 de 2011: Adiciona párrafos al artículo 42 de la Ley 99 de 1993, relacionado con la aplicación de la tasa por la carga total vertida, así como la destinación de los recursos.
- Ley 2294 de 2023 en el artículo 25, adiciona un párrafo transitorio al artículo 42 de la Ley 99 de 1993 que establece “ *...el factor regional de la tasa retributiva por vertimientos para los prestadores del servicio público de alcantarillado en el territorio nacional se cobrará con el factor regional de 1 a los prestadores de los municipios, hasta el 31 de diciembre del 2024, plazo en el cual el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible en conjunto con el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, actualizarán los estudios, las evaluaciones y la fórmula con el que se calcula la tasa retributiva*” .

Es oportuno indicar que para fijar la tasa objeto de pronunciamiento se requiere adelantar un procedimiento, el cual se determina conforme a la normatividad vigente, así:

- Se establece un cronograma anual de cumplimiento de las metas por periodo de cinco años. Se ajusta el Factor Regional teniendo en cuenta el cumplimiento de las metas tanto globales como individuales.
- Se realiza una evaluación de las metas anual, iniciando con la individual. A su turno, el Factor Regional se ajusta desde el primer año si existe incumplimiento.
- Para Empresas Prestadoras del Servicio Público de Alcantarillado, se evalúa el cumplimiento de la carga vertida y el número de eliminación de puntos de vertimiento.

Así las cosas, se incorpora en el presente documento el concepto de Factor Regional, el cual se introduce en el marco normativo mediante el Decreto 2667 de 2012³¹ (compilado en el Decreto 1076 de 2015) por el cual se reglamenta la tasa retributiva por la utilización directa e indirecta del agua como receptor de los vertimientos puntuales, estableciendo en su artículo 16, lo siguiente:

31 Este Decreto reemplazó el Decreto 3100 de 2003.

“Artículo 16. Factor Regional (Fr). Es un factor multiplicador que se aplica a la tarifa mínima y representa los costos sociales y ambientales de los efectos causados por los vertimientos puntuales al recurso hídrico.

Este factor se calcula para cada uno de los elementos, sustancias o parámetros objeto del cobro de la tasa y contempla la relación entre la carga contaminante total vertida en el periodo analizado y la meta global de carga contaminante establecida; dicho factor lo ajustará la autoridad ambiental ante el incumplimiento de la mencionada meta.

Los ajustes al factor regional y por lo tanto a la tarifa de la tasa retributiva, se efectuarán hasta alcanzar las condiciones de calidad del cuerpo de agua para las cuales fue definida la meta.

De acuerdo con lo anterior, el factor regional para cada uno de los parámetros objeto del cobro de la tasa se expresa de la siguiente manera:

$$FR1=FR0+(Cc/Cm)$$

Donde: FR1 = Factor regional ajustado.

FR0 = Factor regional del año inmediatamente anterior.

Para el primer año del quinquenio, FR0 = 0.00

Cc = Total de carga contaminante vertida por los sujetos pasivos de la tasa retributiva al cuerpo de agua o tramo del mismo en el año objeto de cobro expresada en Kg/año, de acuerdo a lo definido en el artículo 3°.

Cm = Meta global de carga contaminante para el cuerpo de agua o tramo del mismo expresada en Kg/año.”

Como se observa el Factor Regional es un factor multiplicador de la Tasa Retributiva, que representa los costos sociales y ambientales de los efectos causados por los vertimientos puntuales al recurso hídrico, el cual se calcula para cada cuerpo de agua o tramo del mismo.

Además, el Factor Regional se calcula para cada uno de los elementos, sustancias o parámetros objeto de cobro de la tasa retributiva y se ajusta anualmente a partir de finalizado el primer año del quinquenio de las metas de reducción de carga contaminante, cuando no se cumplan las metas del cuerpo de agua o tramo de cuenca, hasta alcanzar las condiciones de calidad del cuerpo de agua para las cuales fue definida la meta.

De esta manera tenemos que el factor regional se ajusta de acuerdo con el cumplimiento de las metas y tiene en cuenta la carga vertida, la carga meta y el factor regional del año anterior. Así mismo, se establece que el factor es acumulativo durante el quinquenio.

Se evidencia entonces que, de acuerdo con la reglamentación para la evaluación de aplicación del factor regional, cuando éste sufre algún aumento en cualquier año del quinquenio, es imposible su devolución, pese al cumplimiento de las obras pactadas o la disminución de la carga contaminante, lo cual desincentiva el cumplimiento de las inversiones y el seguimiento al Plan de Saneamiento y Manejo de Vertimientos (PSMV).

Así las cosas, como se encuentra estructurada la fórmula se desnaturaliza el instrumento de financiación y la tasa retributiva que estableció el artículo 42 de la Ley 99 de 1993 y el este factor podría ser considerado como una sanción a los prestadores del servicio de alcantarillado, por cuanto el valor que arroje el cálculo no puede ser llevado a las tarifas³², lo que implica que no puede ser cobrado a los usuarios, afectando gravemente la sostenibilidad financiera de las empresas y pudiendo ponerlas en inviabilidad financieramente.

Conforme los motivos esbozados, resulta necesario modificar la normatividad existente en pro de ajustar la búsqueda de los objetivos ambientales comunes.

Por último, no podemos dejar de señalar que, con la expedición de la Ley del Plan de Desarrollo, Ley 2294 de 2023³³, la aplicación de los decretos particulares que reglamentan la aplicación del factor regional, quedan suspendidos entre tanto se emita una nueva regulación conjunta entre los Ministerios de Ambiente y Desarrollo Sostenible y de Vivienda, Ciudad y Territorio con plazo máximo de año 2014.

32 Artículo 2.1.2.1.4.4.2. Costo Medio generado por tasas ambientales para el alcantarillado (CMT). Resolución CRA 943 de 2021

33 ARTÍCULO 25. Adiciónese un [parágrafo transitorio](#) al artículo 42 de la Ley 99 de 1993, así: ARTÍCULO 42. TASAS RETRIBUTIVAS Y COMPENSATORIAS. (...)

PARÁGRAFO TRANSITORIO. El factor regional de la tasa retributiva por vertimientos para los prestadores del servicio público de alcantarillado en el territorio nacional se cobrará con el factor regional de 1 a los prestadores de los municipios, hasta el 31 de diciembre del 2024, plazo en el cual el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible en conjunto con el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, actualizarán los estudios, las evaluaciones y la fórmula con el que se calcula la tasa retributiva, así como los criterios de gradualidad para distribuir el factor regional en función de los compromisos asumidos por los prestadores del servicio público de alcantarillado, generando la correspondiente reglamentación con un esquema de tratamiento diferencial.

Pese a la suspensión señalada, se consideró oportuno realizar un estudio de la aplicación de las normas que reglamentan la aplicación del Factor y proponer los cimientos de una solución jurídica.

III. Planteamiento de la solución

Es claro que con la tasa retributiva como instrumento económico que contribuye al control de la contaminación hídrica, está retribuyendo el servicio de remoción de la contaminación producida por los sujetos pasivos, pues la conexión lógica entre el hecho gravado y la función de las autoridades, constituidas por las Autoridades Ambientales, se debe orientar constitucionalmente hacia la protección y el mantenimiento del medio ambiente.

Ahora bien, contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado (Autoridades Ambientales), conlleva los conceptos de justicia y equidad tal como lo dispone el numeral 9 del artículo 95 Constitucional, quedando claro que dicha carga deber ser impuesta consultando las posibilidades económicas de los contribuyentes dado que esta exigencia constitucional tiene por objeto lograr un mayor grado de redistribución de la riqueza existente en nuestro país, y no una carga pública que supere la proporcionalidad.

Teniendo en cuenta lo señalado, se propone un ajuste normativo en la determinación del factor regional, que busque impactos positivos ambientales, dirigidos a la comunidad y a los prestadores del servicio de alcantarillado, y que además, haga efectiva la inversión en la recuperación de los cuerpos hídricos, reconozca los costos sociales y ambientales de los efectos causados por vertimientos puntuales y específicos y se cumpla con la finalidad del instrumento de financiación.

Bibliografía

- Ley 99 de 1993.
- Ley 1333 de 2009.
- Ley 2294 de 2023.
- Decreto 1076 de 2015.
- Sentencia Corte Constitucional C-465 de 1993.
- Sentencia Corte Constitucional C-632 de 2011.

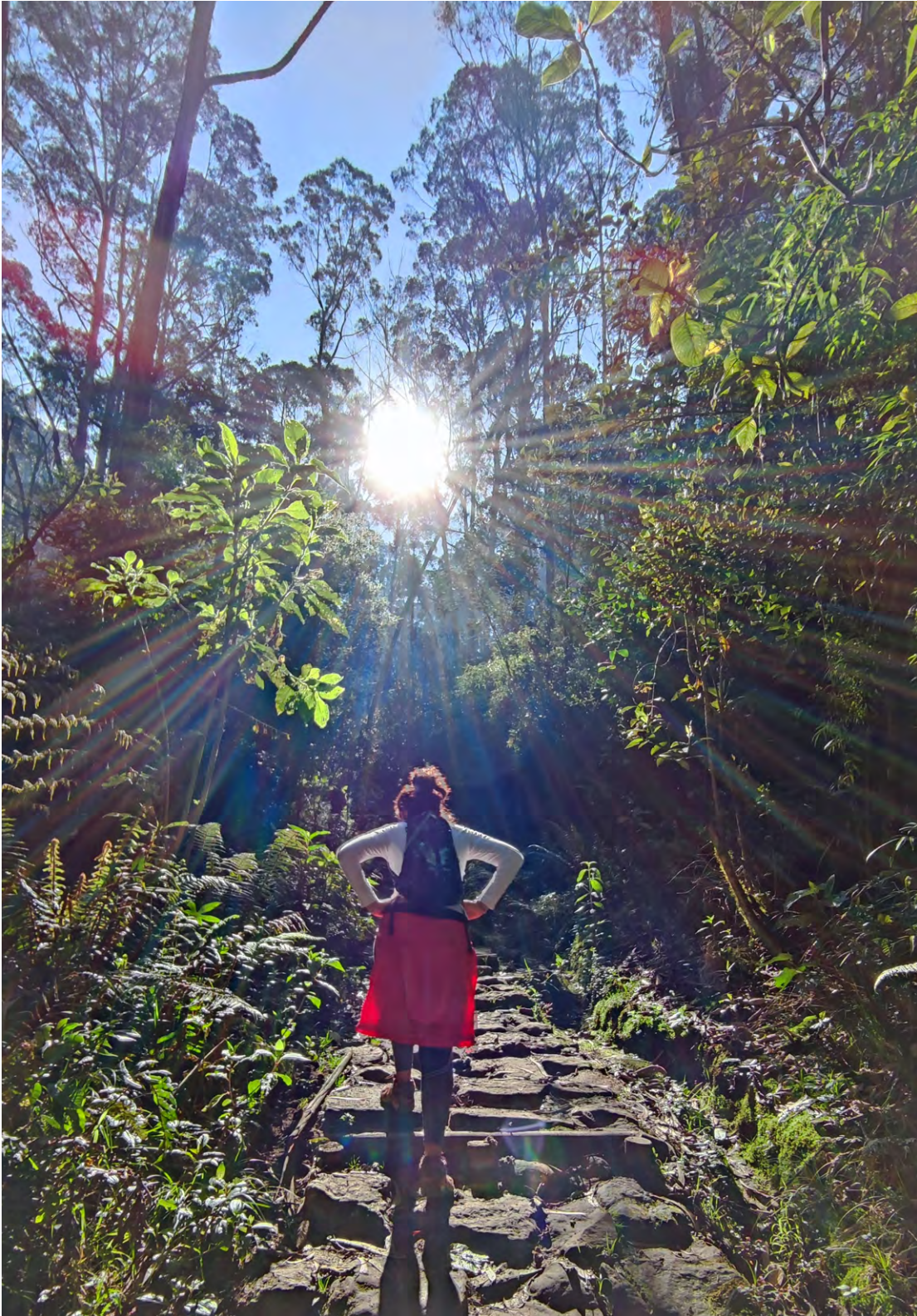


Foto: Archivo EAAB



*somos
agua*

**QUE ENTREGA
RESULTADOS**