

Bogotá, D.C. 07 de noviembre de 2017

Señores:

**COMISIÓN DE REGULACIÓN DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO  
BÁSICO –CRA-**

Bogotá D.C.

**Asunto: Comentarios a propósito del proyecto  
regulatorio publicado mediante  
Resolución CRA No. 811 de 2017**

---

Respetados Señores:

Teniendo en cuenta que mediante la Resolución CRA No. 811 de 2017 se hizo público el proyecto de Resolución que tiene como finalidad establecer *“las condiciones para verificar la existencia de los motivos que permiten la inclusión de áreas de servicio exclusivo y se definen los lineamientos generales y las condiciones a las cuales deben someterse los contratos de prestación del servicio público de aseo”*, la **ASOCIACIÓN NACIONAL DE EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS Y COMUNICACIONES** (en adelante también **ANDESCO**), se permite presentar gentilmente algunos comentarios a fin de enriquecer la discusión del proyecto normativo en curso.

**1. El objetivo, ámbito de aplicación y definiciones que contiene el proyecto normativo publicado**

De acuerdo con el artículo 1 del proyecto, el objetivo de la norma propuesta es el de establecer por parte de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico (en adelante también la CRA), **las condiciones para verificar la existencia de los motivos que permiten la inclusión de áreas de servicio exclusivo** (en adelante también ASE), al igual que definir los lineamientos generales y las condiciones a las cuales deben someterse los contratos de prestación del servicio público de aseo, en virtud de las solicitudes de verificación que presenten las Autoridades Territoriales correspondientes.

Según el artículo 2 de la noma propuesta, la futura Resolución que se expida aplica a las Entidades Territoriales competentes interesadas en establecer, mediante invitación pública, las áreas de servicio exclusivo a las que se refiere el artículo 40 de la Ley 142 de 1994.

Del mismo modo, aparece en el artículo 3 del proyecto una nueva definición de Áreas de Servicio Exclusivo, las cuales se entenderán en adelante como *“aquellos espacios geográficos establecidos por la entidad territorial competente, en los cuales se prestará el servicio público de aseo, pudiéndose acordar que ninguna otra empresa de servicios públicos pueda ofrecer este servicio en la misma área”*.

La nueva definición contempla, además, que *“estas áreas se establecen mediante invitación pública **por motivos de interés social y con el propósito de que la cobertura del servicio se pueda extender a las personas de menores ingresos**”*, agregando que *“Antes de la apertura de la licitación que incluya cláusulas sobre esta áreas dentro de los contratos propuestos, se verificará que ellas sean **indispensables para asegurar la viabilidad financiera de la extensión de la cobertura a las personas de menores ingresos**”*. (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Finalmente, aparece un párrafo en la definición que determina que *“Para efectos de la presente resolución, **se entiende que hay extensión de la cobertura cuando se presente y/o proyecte un aumento en el número de usuarios de menores ingresos del servicio público de aseo**”*. (Subrayado y negrilla fuera de texto).

A partir de estos tres artículos, el proyecto se ocupa luego de determinar la forma como la CRA adelantará la actuación administrativa con miras a verificar los motivos para el establecimiento de las ASE, en materia del servicio público de aseo.

Hecho el anterior recuento, se hacen algunas consideraciones desde la libre competencia con miras a enriquecer el proyecto en comento.

## **2. La Constitución Política propende por la libertad de empresa y, por ello, antes de sacrificar la libre competencia mediante el establecimiento de las ASE se debe acudir a los mecanismos de corrección de imperfecciones de mercado que señala la normatividad vigente**

Teniendo en cuenta que el establecimiento de las Áreas de Servicio Exclusivo (ASE) a que se refiere el artículo 40 de la Ley 142 de 1994 constituye una limitación a la libre competencia, pues bajo los postulados allí previstos se pasa de una competencia *“en el”* mercado a una competencia *“por el”* mercado, conviene recordar el esquema constitucional y legal en la prestación de servicios públicos, ya que es a

partir de esos criterios que se podrá definir si la normativa que propone expedirse por la CRA es suficiente para que los Entes Territoriales sacrifiquen la libertad de empresa.

Colombia tiene un sistema económico basado en la libre competencia económica, que contiene la libertad de empresa dentro del marco del respeto a los límites del bien común. Según nuestra Constitución Política la actividad económica y la iniciativa privada son libres<sup>1</sup>. Sin embargo, no debe pensarse que al hablar de libertad de competencia se esté dando un banderazo para que cada cual haga lo que desee, pues lo cierto es que **en Colombia esa libertad no es absoluta<sup>2</sup> y el Estado puede intervenir en la economía, para evitar el abuso de la posición dominante, así como para racionalizarla<sup>3</sup>.**

Respecto de la libertad de empresa y de la libre competencia nuestra Corte Constitucional<sup>4</sup> ha señalado que *“el Estado Constitucional colombiano es incompatible tanto con un modelo del liberalismo económico clásico, en el que se proscribe la intervención estatal, como con modalidades de economía de planificación centralizada en las que el Estado es el único agente relevante del mercado y la producción de bienes y servicios es un monopolio público. En contrario, la Carta adopta un modelo de economía social de mercado, que reconoce a la empresa y, en general, a la iniciativa privada, la condición de motor de la economía, pero que limita razonable y proporcionalmente la libertad de empresa y la libre competencia económica, con el único propósito de cumplir fines constitucionalmente valiosos, destinados a la protección del interés general”*.

Para la Corte Constitucional, ese marco de referencia tiene a su vez profundas implicaciones en el modo en que se comprenden los derechos y libertades de los agentes de mercado. En ese sentido, la jurisprudencia ha definido de manera consistente y reiterada a la libertad de empresa con un criterio amplio<sup>5</sup> que en su aspecto más esencial puede definirse como *“(…) Una facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico, según sus preferencias o*

---

<sup>1</sup> Artículo 333 de la Constitución Nacional.

<sup>2</sup> “La libertad de competencia no es una libertad absoluta sino una libertad sub lege sujeta a límites internos y externos. En efecto, la libertad de competencia de los agentes y, con ella, sus presupuestos o elementos constitutivos (el derecho de propiedad y de actuar a l servicio de los propios intereses, la libertad económica de los agentes, y la igualdad) están, de un lado sujetos a los límites externos determinados al menos por la libertad de competencia de los otros agentes, esto es, la necesidad de reconocer al menos una libertad igual, y a los límites internos o de orden público determinados por la función social que el ordenamiento jurídico le atribuye”. Capell, Jaime Pellisé. LA EXPLOTACIÓN ABUSIVA DE UNA POSICIÓN DOMINANTE. Editorial Librería Civitas. Madrid. Año 2005. Página 21.

<sup>3</sup> Artículos 333 y 334 de la Constitución Nacional.

<sup>4</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-228 de 2010. MP: Luis Ernesto Vargas Silva.

<sup>5</sup> Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-616/01, (M.P. Rodrigo Escobar Gil).

*habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar su patrimonio*”<sup>6</sup>. Pero en ese carácter amplio, como ya se indicó, la libertad económica encuentra su definición concreta a partir de sus componentes particulares: **la libertad de empresa y la libre competencia económica.**

En este sentido, si bien en Colombia existe una libertad constitucional para crear y desarrollar empresa, al igual que una libertad para competir en un determinado mercado, lo cierto es que la Corte ha indicado también que esa libertad no es absoluta dado el modelo adoptado por nuestra Constitución y, en esa medida, **es posible desde la perspectiva constitucional expedir normas legales, reglamentarias y regulatorias para cualquier sector, incluido por supuesto el de aseo, que hagan compatible tanto el modelo de libertad como el de intervención estatal, incorporando al ordenamiento legal reglas de comportamiento para ser cumplidas por quienes participan en el mercado, bien al momento en que decidan incursionar en él, como durante el desarrollo de sus actividad en el mismo.**

Con fundamento en las facultades constitucionales referidas, se consagró un régimen legal que propende por la promoción de la competencia **“en el”** mercado, estableciendo a la vez límites concretos al ejercicio del derecho a competir, para todas las empresas que ejerzan una actividad económica en colombiano<sup>7</sup>.

La protección a la competencia tiene dos fuentes que, aunque diferentes, se complementan. Son dos caras de la misma moneda; nos referimos a las normas que regulan la libre y la leal competencia en el mercado.

En general, las normas de competencia, entonces, son aquel conjunto de preceptos que reglan la actividad de los agentes económicos en el mercado y **se constituyen en una forma de reglamentación o regulación permanente y estática de la actividad económica.** A este respecto ha dicho la doctrina que *“(…). En el marco anteriormente indicado se desarrolla y cobra un papel decisivo el denominado derecho de la competencia, que supone la intervención del Estado en el ámbito de las relaciones privadas en defensa de un interés general o público consistente en que el mercado funcione (...). **Se trata de un nuevo tipo***

---

<sup>6</sup>Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-425/92. (M.P. Ciro Angarita Barón), reiterada en la sentencia C-616/01 ya citada.

<sup>7</sup> “...lo dispuesto en las normas sobre protección de la competencia se aplicará respecto a todo aquel que desarrolle una actividad económica que afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica y en relación con las conductas que tengan o puedan tener efectos total o parcialmente en los mercados nacionales, cualquiera sea la actividad o sector económico”. Artículo 2 ley 1340 de 2009.

**de intervención, puesto que el Estado interviene en el mercado no para regularlo, sino para preservar la libertad de competencia (...).**<sup>8</sup> (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Para cumplir el citado fin, esto es, para evitar los abusos, el Estado ha intervenido en la economía promulgando normas que impiden el desbordamiento del principio de libre competencia, como puede observarse en la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y la Ley 1340 de 2009, que constituyen el régimen general de las conductas constitutivas de prácticas comerciales restrictivas y abusos de posición dominante que fueron expedidos para regular esos comportamientos reprochables. Igualmente, existen regímenes especiales que se aplican a ciertos sectores de la economía, como por ejemplo las normas de competencia en el sector portuario<sup>9</sup>, el de la televisión<sup>10</sup>, el sector financiero<sup>11</sup> y la mima Ley 142 de 1994, típica Ley de intervención en la economía que en sus artículos 2.6, 11.2, 30 y 34 establece reglas para evitar abusos.

La Ley 256 de 1996, por su parte, es el estatuto que en Colombia establece las conductas que constituyen competencia desleal y trae por demás los mecanismos para hacer efectivas medidas correccionales de llegar a presentarse una de esas conductas.

De tal modo que en Colombia quienes participan en un mercado no pueden comportarse de manera “salvaje” ni entre ellos ni con sus clientes y/o usuarios, pues la libertad de empresa no es una patente de corso para hacer lo que se desee.

Por ello, resulta relevante, de cara al proyecto normativo propuesto, que la CRA establezca dentro de la Resolución que se expida que, antes de que los Entes Territoriales competentes eleven una solicitud de verificación de motivos con miras a establecer las ASE, prueben siquiera sumariamente que es necesario sacrificar la libre competencia “**en el**” mercado, en la medida en que hayan fracasado en el territorio específico los múltiples instrumentos que existen en la normativa vigente y que obligan a los participantes en el mercado de aseo a que cumplan con las expectativas que esa actividad económica exige, en materias tales como cobertura, calidad y eficiencia, pues existen mecanismos tales como los Planes de Gestión Integral de Residuos

---

<sup>8</sup> Alonso Soto, Ricardo. “EL INTERÉS PÚBLICO EN LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA”, MARTÍNEZ Lage, Santiago-Petibó Juan, Amadeo. Directores. LA MODERNIZACIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA, Madrid. Ediciones Jurídicas y Sociasles Marcial pons Año 2005. Página 33.

<sup>9</sup> Ley 1 de 1991.

<sup>10</sup> Ley 182 de 1995.

<sup>11</sup> Decreto 663 de 1993.

Sólidos (en adelante también los PGIRS) expedidos por los propios Entes Territoriales, que le permiten al Ente respectivo verificar que los prestadores cumplan con la calidad y cobertura requerida en el correspondiente lugar, sin necesidad de tener que acudir necesariamente a las ASE.

En otras palabras, se solicita que como requisito previo (o concomitante al menos) para un trámite de verificación de motivos para el establecimiento de las ASE, que la Entidad Territorial competente acredite que en el mercado en el que se desea afectar la libre competencia, fracasaron los instrumentos que la ley y la misma regulación prevé para conjurar la deficiencia de prestación y/o cobertura por parte de los prestadores de ese específico lugar. Es decir, que se acredite como requisito previo a una ASE, que la Entidad Territorial les exigió a los participantes en un mercado determinado, cumplir con la cobertura y calidad exigidas y que ni los prestadores actuales ni otros prestadores pudieron o quisieron hacerlo.

Lo anterior sin duda desestimula solicitudes caprichosas e impide que el establecimiento de las ASE obedezca a situaciones o coyunturas que desdibujen la verdadera intención que señala el artículo 40 de la Ley 142 de 1994 como no pocas veces ha sucedido, tal como lo refiere el propio *“Documento de trabajo proyecto general”* publicado por la CRA, a propósito de la normativa propuesta, que señala en sus páginas 15 a 21 que del total de las solicitudes de verificación de motivos presentadas por los Entes Territoriales, el 47%, es decir casi la mitad, desistieron o no probaron los motivos para el establecimiento de las ASE, lo que significa que existe una gran dosis de subjetividad por parte de dichos Entes al momento de solicitar la verificación de motivos con miras a sacrificar la libre competencia **“en el”** mercado y, de ahí, la necesidad de que acrediten dicho requisito.

De tal modo que, se insiste respetuosamente, en que la normativa que se expida contemple como requisito previo o concomitante que la Entidad Territorial competente demuestre que en el mercado en el que se desea afectar la libre competencia, fracasaron los instrumentos que la ley y la regulación prevén para conjurar las deficiencias en la prestación y/o cobertura por parte de los prestadores establecidos.

### **3. El contenido del artículo 40 de la Ley 142 de 1994 como limitante a la libre competencia “en el” mercado**

Dentro del contexto descrito de pesos y contrapesos para desarrollar la libertad de empresa, aparece el artículo 365 de la Constitución Política

que propugna por la libre competencia al establecer la posibilidad de que los servicios públicos puedan ser prestados no sólo por el Estado, directa o indirectamente, sino también por comunidades organizadas y por particulares.

En lo que respecta a los servicios públicos domiciliarios el legislador expidió la Ley 142 de 1994, que en materia de libre y leal competencia incluyó normas específicas para respaldarla, así:

**“Artículo 2o. Intervención del Estado en los servicios públicos.** *El Estado intervendrá en los servicios públicos, conforme a las reglas de competencia de que trata esta Ley, en el marco de lo dispuesto en los artículos 334, 336, y 365 a 370 de la Constitución Política, para los siguientes fines:*

2.1. (...).

**2.6. Libertad de competencia y no utilización abusiva de la posición dominante.**

2.7. (...).” (Subrayado y negrilla fuera de texto).

**“Artículo 9o. Derecho de los usuarios.** *Los usuarios de los servicios públicos tienen derecho, además de los consagrados en el Estatuto Nacional del Usuario y demás normas que consagren derechos a su favor, siempre que no contradigan esta ley, a:*

9.1. (...).

**9.2. La libre elección del prestador del servicio y del proveedor de los bienes necesarios para su obtención utilización.**

9.3. (...).” (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Por su parte el artículo 10 de la Ley 142 de 1994 señaló la libertad de empresa en el sector, indicando que **“Es derecho de todas las personas organizar y operar empresas que tengan por objeto la prestación de los servicios públicos, dentro de los límites de la Constitución y la ley”.** (Subrayado y negrilla fuera de texto).

El artículo 11.2 de la misma Ley de Servicios Públicos Domiciliarios indica que para cumplir con la función social de la propiedad pública o

privada, las entidades que presten servicios públicos tienen dentro sus obligaciones las de **“Abstenerse de prácticas monopolísticas o restrictivas de la competencia, cuando exista, de hecho, la posibilidad de la competencia”**. (Subrayado y negrilla fuera de texto).

En armonía con la libertad de empresa el artículo 22 de la misma Ley 142 de 1994 expresa que **“Las empresas de servicios públicos debidamente constituidas y organizadas no requieren permiso para desarrollar su objeto social”** (subrayado y negrilla fuera de texto), y pueden operar obteniendo de las autoridades competentes, según sea el caso, las concesiones, permisos y licencias respectivos.

El artículo 23 ibídem determina el ámbito territorial de operación indicando que **“Las empresas de servicios públicos pueden operar en igualdad de condiciones en cualquier parte del país, con sujeción a las reglas que rijan en el territorio del correspondiente departamento o municipio”**. (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Finalmente, los artículos 30 y 34 ibídem, prevén que al interpretar las normas de la Ley se privilegiará aquella interpretación que mejor garantice la libre competencia e impida los abusos de la posición dominante, tal como ordena el artículo 333 de la Constitución Política, al igual que determina la prohibición de prácticas discriminatorias, abusivas o restrictivas indicando que las empresas de servicios públicos, en todos sus actos y contratos deben abstenerse de toda práctica que tenga la capacidad, el propósito o el efecto de restringir en forma indebida la competencia.

Obsérvese que en materia de servicios públicos domiciliarios existe una gran variedad de normas que se encargan de velar por la libre competencia en los mercados.

En dicho contexto, aparece el artículo 40 de la Ley 142 de 1994 como una limitante a la libre entrada al mercado de los servicios públicos domiciliarios, señalando en todo caso una serie de presupuestos previos que deben cumplirse rigurosamente para poder sacrificar la estadía de quienes participan en un mercado en libre competencia.

Dice lo siguiente sobre el particular el artículo 40 ibídem:

**“Artículo 40. Áreas de Servicio exclusivo. Por motivos de interés social y con el propósito de que la cobertura de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado, saneamiento ambiental, distribución domiciliaria de gas**



combustible por red y distribución domiciliaria de energía eléctrica, se pueda extender a las personas de menores ingresos, la entidad o entidades territoriales competentes, podrán establecer mediante invitación pública, áreas de servicio exclusivas, en las cuales podrá acordarse que ninguna otra empresa de servicios públicos pueda ofrecer los mismos servicios en la misma área durante un tiempo determinado. Los contratos que se suscriban deberán en todo caso precisar el espacio geográfico en el cual se prestará el servicio, los niveles de calidad que debe asegurar el contratista y las obligaciones del mismo respecto del servicio. También podrán pactarse nuevos aportes públicos para extender el servicio.

**Parágrafo 1o. La comisión de regulación respectiva definirá, por vía general, cómo se verifica la existencia de los motivos que permiten la inclusión de áreas de servicio exclusivo en los contratos; definirá los lineamientos generales y las condiciones a las cuales deben someterse ellos; y, antes de que se abra una licitación que incluya estas cláusulas dentro de los contratos propuestos, verificará que ellas sean indispensables para asegurar la viabilidad financiera de la extensión de la cobertura a las personas de menores ingresos**". (Subrayado y negrilla fuera de texto).

El mencionado artículo 40 contiene una forma de entrada a los competidores conocida como competencia "**por el**" mercado, pues no en vano la norma determina el esquema de invitación pública para poder otorgar las áreas de servicio exclusivo, lo que significa que los aspirantes a obtener el mercado **compiten previamente** para conseguirlo.

Pero, es evidente también que de la lectura del artículo 40 de la Ley 142 de 1994, puede establecerse que el legislador señaló allí unos presupuestos anteriores o previos que **deben** cumplirse para poder sacrificar la competencia existente entre quienes participan ya "**en el**" mercado y poder dar paso al esquema de competencia "**por el**" mercado que señala la citada norma.

Esos presupuestos previos que determina la disposición que deben cumplirse, son los siguientes y están en la órbita de dos sujetos a saber: (a) la Entidad Territorial competente (Municipio, Distrito o Departamento); y, (b) la Comisión de Regulación respectiva. En tal

sentido, el artículo 40 ibídem contiene los presupuestos a cumplir por cada una de esas Entidades.

En lo que respecta a la **Entidad Territorial competente**, la norma obliga a que previamente al establecimiento de una ASE, se den por cumplidos los siguientes presupuestos:

- (i) Indica el artículo 40 de la Ley 142 de 1994 que la competencia **“en el”** mercado se sacrifica sólo si la Entidad Territorial demuestra que existan **“motivos de interés social”**.
- (ii) En segundo lugar, la norma usa la conjunción **“y”** para atar esos **“motivos de interés social”** a otro presupuesto claramente definido, consistente en que **“el propósito”** de sacrificar la libre competencia **“en el”** mercado, es para **“que la cobertura”** de los servicios públicos **“se pueda extender a las personas de menores ingresos”**.
- (iii) Solo cuando se hayan cumplido los dos anteriores requisitos la norma autoriza a las Entidades Territoriales competentes para que sacrifiquen la libre competencia **“en el”** mercado y, mediante un proceso de invitación pública, celebren contratos cuyas características son básicamente las siguientes:
  - El contrato determina que ninguna otra empresa de servicios públicos pueda ofrecer los mismos servicios en la misma área durante un tiempo determinado.
  - Igualmente, define uno o varios espacios geográficos en los cuales se prestará el servicio.
  - Adicionalmente, contiene los niveles de calidad que debe asegurar el contratista y las obligaciones del mismo respecto del servicio.
  - Finalmente, puede incluir pactos de nuevos aportes públicos para extender el servicio.

Ahora bien, el transcrito artículo 40 de la Ley 142 de 1994 tiene a la fecha vigente un párrafo que establece las siguientes obligaciones en cabeza de las **Comisiones de Regulación** del respectivo servicio:

- (a) Indica que la Comisión **“definirá, por vía general, cómo se verifica la existencia de los motivos que permiten la inclusión de áreas de servicio exclusivo en los contratos”**.

- (b) Agrega que la misma Entidad **“definirá los lineamientos generales y las condiciones a las cuales deben someterse”** dichos contratos.
- (c) Establece como una obligación taxativa que la Comisión respectiva **previamente** a que se abra una licitación que incluya estas cláusulas dentro de los contratos propuestos, **verifique** que las áreas de servicio exclusivo son **“indispensables para asegurar la viabilidad financiera de la extensión de la cobertura a las personas de menores ingresos”**.

Hecha la verificación de los requisitos que obliga cumplir el artículo 40 de la Ley 142 de 1994, como previos para poder **sacrificar la libre competencia “en el”** mercado, se entra a determinar si el proyecto normativo acomete tales postulados.

**4. El proyecto normativo más allá de determinar la forma como la CRA agotará la actuación administrativa para verificar los motivos para las ASE, debe ocuparse de definir el contenido de los requisitos que señala el artículo 40 de la Ley 142 de 1994, como presupuesto previo para poder sacrificar la libre competencia**

El proyecto de normatividad publicado por la CRA a través de la Resolución No. 811 de 2017 contempla una nueva definición de las ASE estableciendo que se trata de *“espacios geográficos”* en los que ninguna otra empresa puede prestar el servicio de aseo, agregando que *“estas áreas se establecen mediante invitación pública **por motivos de interés social y con el propósito de que la cobertura del servicio se pueda extender a las personas de menores ingresos**”*. (Subrayado y negrilla fuera de texto).

No obstante, la Resolución no se ocupa de determinar lo que se debe entender por **“motivos de interés social”**, como requisito necesario para que se pueda sacrificar la libre competencia, como regla que pregonó la Ley 142 de 1994.

Se solicita gentilmente que la CRA determine lo que debe entenderse por **“motivos de interés social”**, en la medida en que, como se vio, la lectura del artículo 40 de la Ley 142 de 1994 muestra que el legislador al incluir los presupuestos previos que **deben** cumplirse para poder sacrificar la competencia que existe entre quienes participan ya **“en el”** mercado y poder darle paso al esquema de competencia **“por el”** mercado, estableció la necesidad de que existan dichos motivos, por lo

que la norma regulatoria debería ocuparse de exigirle a los Entes Territoriales la demostración de los mismos.

En efecto, como se señaló líneas arriba, el artículo 40 en comento no habla simplemente de sacrificar la competencia **“en el”** mercado para que la **“cobertura”** de los servicios públicos **“se pueda extender a las personas de menores ingresos”**, sino que ese presupuesto lo ata a razones de **“motivos de interés social”**.

Si bien el proyecto de normatividad publicado se ocupa en múltiples oportunidades de exigirle acreditar a los Entes Territoriales que prueben la necesidad de una mayor **“cobertura”** de los servicios públicos y la necesidad de extenderla **“a las personas de menores ingresos”**, no se exige a dichos Entes que prueben la existencia de los **“motivos de interés social”** a que se refiere de entrada el artículo 40 de la Ley 142 de 1994.

Se solicita entonces que en el proyecto normativo se contemple la exigencia a los Entes Territoriales que junto con la solicitud de verificación de motivos para la concesión de ASE, acrediten también la existencia previa de los **“motivos de interés”** social que hacen necesaria la limitación de la libre competencia **“en el”** respectivo mercado, los cuales en todo caso no deben confundirse con los denominados motivos de **“interés general”**, ya que unos y otros son diferentes.

En efecto, tomando como mirilla la Sentencia C-053 de 2001 de la Corte Constitucional, con Ponencia de la Honorable Magistrada Cristina Pardo Schlesinger, allí aparece la distinción entre unos y otros, indicando que los términos **“interés general”** e **“interés social”** tienen connotaciones diferentes dentro del ámbito del derecho constitucional colombiano. Para la Corte, el concepto de **“interés general”** es una cláusula indeterminada cuyo contenido ha de hacerse explícito en cada caso concreto, mientras que el de **“interés social”** que la Constitución emplea en sus artículos 51, 58, 62, 333 y 365 (sobre servicios públicos), es una concreción del interés general que se relaciona de manera inmediata con la definición del Estado como social y de derecho (artículo 1), y que tiene como finalidad **inmediata y directa, pero a la vez también como límite**, el mejoramiento de las condiciones de vida de las personas, en particular, de las menos favorecidas.

En tal sentido, no cabe duda que los Entes Territoriales deben acreditar junto con la solicitud de verificación que se presente ante la CRA, la existencia de un real **“motivo de interés social”** que implique

sacrificar la libre competencia **“en el”** mercado que señala la Constitución Política y la Ley 142 de 1994 en materia de servicios públicos domiciliarios, siendo necesario entonces, como lo esgrime la Corte Constitucional en la citada Sentencia, evitar que se invoquen simples motivos subjetivos y casi siempre generales por los Entes Territoriales, sobre la conveniencia de establecer Áreas de Servicio Exclusivo, pues ello, según la Corte, se constituye en una conducta irracional o injustificada que da vía a la vulneración de los derechos de las personas, en este caso de los prestadores del servicio existentes a que son despojados de su actividad económica.

En tal sentido, siguiendo los postulados de la Corte, se debe señalar que la existencia de un **“interés social”** debe verificarse en cada caso concreto, en la medida en que, a pesar de que efectivamente haya un interés real que motive una determinada acción del Estado, no siempre es necesario que dicho interés prevalezca sobre el particular, cuando existan otros mecanismos de aplicación inmediata que permitan cumplir con los objetivos Estatales; de ahí la necesidad de verificar en cada caso y con total certeza esos **“motivos de interés social”** que justifican el cambio de la libre competencia **“en el”** mercado para dar paso al establecimiento de las ASE.

Por lo tanto, se solicita amablemente que la normativa a expedirse incorpore la necesidad de que los Entes Territoriales acrediten los motivos de interés social que se persiguen con las ASE, determinado de manera concreta cómo ellos están dirigidos a la obtención de los objetivos constitucionales que pregona el artículo 40 de la Ley 142 de 1994, agregándose que, en todo caso, según la Corte Constitucional, la determinación de dichos motivos debe estar regida por *“los principios de razonabilidad y proporcionalidad, en aras de conciliarla con los intereses particulares, principalmente, con los derechos fundamentales”*, pues una definición abstracta del concepto de interés social puede conllevar abusos, so pretexto de declarar su existencia.

En este punto, la solicitud que se hace no está encaminada a que la CRA verifique la existencia de dichos motivos de **“interés social”**, sino a que se exija que junto con la solicitud que eleven los Entes Territoriales acrediten su existencia, pues es a ellos a quienes el artículo 40 ibidem les impone dicha obligación.

Ese requisito es perfectamente viable de ser exigido por la CRA en la medida en que la misma Corte Constitucional<sup>12</sup> ha explicado que **la función estatal de regulación socio-económica** *“constituye una forma*

---

<sup>12</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-955 de 2007. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

de intervención del Estado en la economía, que tiene unos rasgos característicos propios que la distinguen de otras formas de intervención<sup>13</sup>. Dentro de esos rasgos característicos propios, ha hecho ver que se trata de una **función eminentemente técnica, que toma en cuenta las notas y las dinámicas propias del sector que se regula, por lo cual “la función estatal de regulación está segmentada por sectores de actividad económica o social, de tal manera que la regulación de un sector pueda responder a las especificidades del mismo.”** (Subrayado y negrilla fuera de texto).

La Corte agrega<sup>14</sup> igualmente que esa es una función que se ejerce en forma permanente atendiendo a la evolución y a las circunstancias cambiantes del sector correspondiente, por lo que no existe impedimento para que la CRA, como máximo organismo técnico sectorial y dentro del marco de sus funciones de intervención en la economía, exija como requisito de las solicitudes que la Entidad Territorial demuestre o acredite el **“interés social”** que lo lleva a limitar la competencia **“en el”** mercado, para lo cual debe presentar los soportes técnicos comprobables que le permitan a la CRA tener por probados dichos motivos, a fin de que las ASE se erijan en esos casos como único mecanismo que permita garantizar la cobertura del servicio a las personas de menores ingresos.

En caso contrario, de no probarse previamente el motivo de **“interés social”**, el Ente Territorial no debería poder presentar la solicitud de verificación de motivos ante la CRA, pues no puede simplemente partirse de un cotejo numérico sobre la cantidad de nuevos usuarios desatendidos y de los modelos tarifarios que en Excel son presentados por el Municipio o Municipios, dándoles a ellos el carácter de plena prueba para sacrificar la libre competencia **“en el”** mercado, pudiendo existir pruebas previamente recolectadas por la Entidad Territorial que demuestren que los actores existentes en el mercado respectivo pueden atender con calidad y cobertura ese territorio, y de ahí la necesidad de que acrediten el mencionado requisito.

##### **5. Necesidad de profundizar sobre el concepto de “indispensable” que señala el artículo 40 de la Ley 142 de 1994 para el establecimiento de las ASE**

En armonía con el artículo 40 de la Ley 142 de 1994 el proyecto normativo publicado establece que *“Antes de la apertura de la licitación que incluya cláusulas sobre estas áreas dentro de los contratos*

---

<sup>13</sup>Sentencia C- 595 de 2007.

<sup>14</sup> Igual Sentencia C-595 de 2007.

*propuestos, se verificará que ellas sean **indispensables para asegurar la viabilidad financiera de la extensión de la cobertura a las personas de menores ingresos***. (Subrayado y negrilla fuera de texto).

En razón de que la Constitución Política y la Ley 142 de 1994 propenden porque los servicios públicos se presten en libre competencia, a fin de evitar que el otorgamiento de las ASE se constituya en un mecanismo que desconozca esos postulados por parte de los Entes Territoriales, se solicita que el proyecto contemple que además de la información reportada en el SUI y del catastro de usuarios que presente el respectivo Ente Territorial, se exija la acreditación previa de respuestas por parte de los prestadores que atienden ese mercado, acerca de que no tienen la capacidad o la intención de extender o ampliar la cobertura a las personas de menores ingresos; en tal sentido, se debe exigir que el solicitante justifique, a partir de tales respuestas de los prestadores, la necesidad de tener el área de servicio exclusivo por ser el único medio “**INDISPENSABLE**” para asegurar la viabilidad financiera de la extensión de la cobertura a dichas personas, todo lo cual debe estar respaldado en las pruebas pertinentes.

Lo anterior en la medida en que el proyecto de norma publicada acierta en la nueva definición de ASE al señalar que se trata de “*espacios geográficos*” que se establecen por las Entidades Territoriales competentes para que se preste el servicio público de aseo por una única empresa y, en tal sentido, lo natural debe ser que la Entidad Territorial pruebe no sólo el aumento de los usuarios en la área, sino además que acredite que los prestadores establecidos en el lugar no pueden o no desean atender esos nuevos usuarios y, de ahí, que previamente a desgastar a la CRA en una actuación administrativa tendiente a verificar los motivos para el establecimiento de las ASE, se deba agotar por el Ente Territorial la labor de verificación de cobertura por parte de los prestadores actuales.

## **6. Comentarios respecto al análisis técnico que debe hacerse para cumplir los presupuestos de que trata el numeral anterior**

Adicional a los argumentos anteriores que resaltan la importancia de soportar con solidez el carácter “**indispensable**” de las ASE, vale la pena hacer observaciones sobre los criterios de “**viabilidad financiera**” y “**extensión de la cobertura a las personas de menores ingresos**” que deben ser garantizados con dicha figura excepcional a la libre competencia “**en el**” mercado.

## **6.1. Sobre la extensión de la cobertura**

En este sentido el acto administrativo de participación ciudadana, señala que como soporte técnico se debe adjuntar el “Número de usuarios...a los cuales se les extenderá la cobertura...”.

Supone lo anterior que el criterio técnico usado para la validación de la cobertura es justamente el número de usuarios; sin embargo, se considera que este es un criterio equivocado, pues el servicio de aseo goza de las características de bien público y ello hace que su consumo no sea excluyente.

En ese sentido, en el servicio público de aseo se presenta la característica de que, al ser prestado en un área geográfica determinada, no deja de beneficiar a todos aquellos usuarios que se encuentren en esa área; por ello, el hecho de que ciertos usuarios no estén o no aparezcan como vinculados a un catastro específico, no por ello puede afirmarse que no están recibiendo el servicio de aseo, pues la cobertura de recolección es para toda el área señalada como de prestación.

Además de lo anterior, debe considerarse que existen múltiples razones por las cuales los catastros de usuarios de una empresa prestadora son diferentes a los conteos de predios o catastros de otras empresas de servicios públicos, pues puede por ejemplo suceder que se presente la falta de homologación de bases de datos e incluso la discrepancia de caracteres de las bases de usuarios entre las distintas empresas.

Estas diferencias e inconsistencias se potencian mucho más cuando se trata de estimaciones o proyecciones de usuarios, en las cuales los supuestos utilizados pueden generar diferencias notables que redunden en verificaciones de motivos.

Por lo anterior, se considera que el criterio de cobertura a ser usado en el análisis de verificación de motivos, debe obedecer al criterio geográfico de prestación y no a una simple comparación del conteo de usuarios, pues las características técnicas aludidas presentan múltiples problemas para conocer si efectivamente un usuario que no aparece registrado tiene o no cobertura del servicio.

## **6.2. Sobre la viabilidad financiera**

Entre los soportes técnicos del literal c) del proyecto se incluye el modelo *Capex – Opex*, como criterio que busca establecer el escenario



de referencia financiero, acudiendo a los costos en los que incurriría la Entidad Territorial como prestador directo del servicio.

Por otra parte, en el numeral iv) del citado proyecto, que trata de la “*Financiación global del servicio*”, se hace referencia al balance de subsidios y contribuciones como evidencia de que el o los respectivos Entes Territoriales cuentan con los recursos suficientes para garantizar el servicio.

Consideramos que en el primer caso (modelo *Capex-Opex*) se incurre en un error técnico al seleccionar únicamente como válido el escenario de costos e inversiones municipales pues es el escenario que se toma como referencia.

En ese sentido, se desconoce que en esos mercados existen también modelos de referencia por parte del o los prestadores que atienden ese mercado, los cuales deben ser igualmente estudiados y verificados por la CRA, a fin de que en esa comparación se pueda establecer con certeza si las razones financieras esgrimidas por el Ente Territorial son o no válidas y, sobre todo, ellas generan la “*necesidad*” de contar con Áreas de Servicio Exclusivo para ese lugar.

Tomar tan sólo las proyecciones del Ente Territorial genera un análisis de altísima subjetividad, pues una construcción tan simple de los costos alternativos y de su imposibilidad para ser asumidos por parte del respectivo Municipio o Distrito, tan solo privilegia las afirmaciones oficiales hechas por esas Entidades en documentos de Excel, pero en realidad no contienen sólidos soportes técnicos que demuestren tales postulados.

Sucede lo mismo con la expresión de “*mercado individual*” del literal a) del proyecto de Anexo publicado para las solicitudes de ASE por parte de dos o más Municipios o Distritos, pues este escenario base de referencia debe considerar la realidad de la prestación actual del mercado, incluso si hay varios prestadores.

En cuanto a la inclusión del criterio del balance de subsidios y contribuciones para verificar la viabilidad financiera, consideramos de nuevo que este es un criterio equivocado, pues los mecanismos del balance de subsidios y contribuciones ya existen en la normatividad con independencia de la operación del mecanismo de ASE.

**7. Comentarios respecto de la estabilidad regulatoria que incorpora la nueva normatividad para los contratos que contengan las ASE**

El artículo 6 del proyecto establece que la tarifa que incorporen los contratos de ASE gozará de una estabilidad regulatoria durante el periodo del respectivo contrato.

No obstante, si bien aplaudimos esta propuesta por encontrarla acorde con la realidad financiera propia de las licitaciones a largo plazo en materia de Áreas de Servicio Exclusivo, consideramos necesario tener en cuenta la opinión que a la fecha tiene la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios del parágrafo primero del artículo 84 de la Ley 142 de 1994, pues tal Entidad al momento de hacer el control tarifario de estos y otros contratos similares, ha señalado una opinión diferente.

En tal medida, para evitar poner en riesgo de sanciones a quienes concursan por las ASE, e incluso a los mismos Entes Territoriales ante eventuales modificaciones tarifarias por vía del control tarifario, se solicita concertar la opinión al respecto entre la entidad regulatoria y la de inspección, vigilancia y control.

En los anteriores términos, presentamos a la Comisión nuestros comentarios y sugerencias respetuosas al proyecto de normativa, pidiendo una ampliación del término para presentar otros eventuales temas que enriquezcan la discusión del asunto, solicitando amablemente el agentamiento de una reunión para profundizar estos comentarios.

De Usted, cordialmente,

**GUSTAVO GALVIS HERNÁNDEZ**  
**Presidente ANDESCO**