

CONSEJO DE ESTADO - Sección Tercera / SECCION TERCERA - Competencia / COMPETENCIA SECCION TERCERA - Procesos de simple nulidad de actos administrativos que versen sobre asuntos contractuales / ACCION DE SIMPLE NULIDAD - Actos administrativos relativos a asuntos contractuales. Competencia

En cuanto hace a la distribución de los negocios entre las distintas Secciones del Consejo de Estado el artículo 12 del Acuerdo 58 de 1992, modificado por el artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999, por el cual se adoptó el Reglamento del Consejo de Estado, dispuso que la Sección Tercera conoce de los procesos de simple nulidad de actos administrativos que versen sobre asuntos contractuales.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 237 NUMERAL 6 / ACUERDO 58 DE 1992 - ARTICULO 12 / ACUERDO 58 DE 1999 - ARTICULO 13

NORMA DEMANDADA: RESOLUCION 258 DE 2003 (30 DE SEPTIEMBRE) COMISION DE REGULACION DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BASICO - (nulidad condicionada)

CONSEJO DE ESTADO - Competencia de la Sección Tercera / SECCION TERCERA - Competencia en procesos de simple nulidad de actos administrativos que versen sobre asuntos contractuales / ACTO ADMINISTRATIVO GENERAL - Sin cuantía expedido por autoridad del orden nacional es de competencia en única instancia del Consejo de Estado / ACCION DE SIMPLE NULIDAD - Resolución 258 de 2003 expedida por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico

La Sección Tercera es competente para conocer de este asunto, habida cuenta de que lo que se está discutiendo es la legalidad de un acto administrativo general proferido por una Comisión de Regulación, en el que se adopta una decisión que incide directamente sobre un contrato de concesión del servicio público de aseo. Y tratándose de un asunto sin cuantía expedido por una autoridad del orden nacional impugnado en ejercicio de la acción de nulidad, lo conoce privativamente y en única instancia el Consejo de Estado (art. 128 numeral 1 del CCA).

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 128 NUMERAL 1

NORMA DEMANDADA: RESOLUCION 258 DE 2003 (30 DE SEPTIEMBRE) COMISION DE REGULACION DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BASICO - (nulidad condicionada)

SERVICIOS PUBLICOS - Areas de servicio exclusivo / AREAS DE SERVICIO EXCLUSIVO - Noción. Definición. Características / AREAS DE SERVICIO EXCLUSIVO - Son una figura excepcional / AREAS DE SERVICIO EXCLUSIVO - Concesión del servicio / AREAS DE SERVICIO EXCLUSIVO - Condiciones de aplicación / AREAS DE SERVICIO EXCLUSIVO PARA LA PRESTACION DE ACTIVIDADES DEL SERVICIO PUBLICO DOMICILIARIO DE ASEO - El establecimiento y otorgamiento se hará siempre por medio de contratos de concesión

Como una situación de excepción al esquema general de competencia en el mercado de los servicios públicos implantado desde la Constitución, la ley permitió la constitución de las denominadas Áreas de Servicio Exclusivo-ASE, por cuya virtud el legislador autorizó la concesión por parte de los alcaldes de un servicio,

siempre que se reúnan las estrictas condiciones de aplicación de esta figura. En efecto, el artículo 40 de la Ley 142 de 1994, por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios, prescribe: "Artículo 40. Áreas de Servicio exclusivo." (...) Tal y como ya lo ha señalado la jurisprudencia, de la lectura del texto legal transcrito se tiene que las áreas de servicio exclusivo-ASE son una figura excepcional en cuanto entrañan la concesión del servicio, esto es, que ninguna otra empresa de servicios públicos pueda ofrecer los mismos servicios en la misma área durante un tiempo determinado. De ahí que la disposición en cita, cuya constitucionalidad no es materia de este juicio, imponga las siguientes rigurosas condiciones de aplicación: i) Sólo podrá tener lugar por motivos de interés social y con el propósito de extender la cobertura a los usuarios pobres; ii) La competencia para fijarlas es de la autoridad o autoridades territoriales competentes; iii) Supone la celebración de un contrato en el que se precisará el espacio geográfico en el cual se prestará el servicio concesionado en exclusividad, los niveles de calidad que debe asegurar y demás obligaciones en torno a la prestación del servicio. iv) La Comisión Reguladora respectiva debe definir por vía general cómo se verifica la existencia de los motivos que permiten la inclusión de áreas de servicio exclusivo en este tipo de contratos, los lineamientos generales y las condiciones a las cuales deben someterse; metodología que fue establecida para el sector de acueducto y saneamiento básico en la Resolución CRA 151 de 2001, Sección 1.3.7. v) El proceso de adjudicación del contrato de concesión de áreas de servicio exclusivo se debe adelantar previa licitación que asegure concurrencia de oferentes (competencia por el mercado); vi) El ente regulador competente deberá verificar, antes de la apertura de la licitación, que las ASE son indispensables para asegurar la viabilidad financiera de la extensión de la cobertura a las personas de menores ingresos. En consonancia con este precepto el artículo 9 de la Ley 632 se ocupó de regular esta modalidad de prestación para el caso de aseo, como se explicará más adelante. Importa, en todo caso, destacar que en desarrollo de esta disposición legal, el Gobierno Nacional expidió el Decreto Reglamentario 891 de 2002, que dispuso que el establecimiento y otorgamiento de áreas de servicio exclusivo para la prestación de actividades del servicio público domiciliario de aseo, se hará siempre por medio de contratos de concesión, adjudicados previo agotamiento de un proceso licitatorio público, con el cual se garantice la competencia y la transparencia (artículo 3). El decreto reglamentario en cita establece en su artículo 4 que previamente a la apertura de la licitación pública para la asignación de áreas de servicio exclusivo en la prestación del servicio público de aseo, los municipios y distritos deberán solicitar a la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico-CRA la verificación de existencia de los motivos que permiten la inclusión de áreas de servicio exclusivo en los contratos de concesión, de acuerdo con los lineamientos generales y condiciones a que éstos se encuentran sometidos y deberán aportar a la CRA los estudios que demuestren que el otorgamiento del área de servicio exclusivo es el mecanismo más apropiado para asegurar la viabilidad financiera de la extensión de la cobertura a los usuarios de menores ingresos.

FUENTE FORMAL: LEY 142 DE 1994 - ARTICULO 40 / LEY 632 DE 2000 - ARTICULO 9 / DECRETO REGLAMENTARIO 891 DE 2002 - ARTICULO 3 / DECRETO REGLAMENTARIO 891 DE 2002 - ARTICULO 4

NOTA DE RELATORIA: En relación con las áreas de servicio exclusivo, ver sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, exp. 888-AP, de agosto 13 de 2008, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

NORMA DEMANDADA: RESOLUCION 258 DE 2003 (30 DE SEPTIEMBRE)
COMISION DE REGULACION DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BASICO -
(nulidad condicionada)

ACCION DE SIMPLE NULIDAD - Resolución 258 de 2003 expedida por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico / FUNCION DE LAS COMISIONES DE REGULACION - No es consultiva sino una auténtica decisión administrativa / LA DECISION SOBRE AREAS DE SERVICIO EXCLUSIVO ASE - Es un acto administrativo y no un simple concepto de la CRA / INSTRUMENTOS DE INTERVENCION ESTATAL EN LOS SERVICIOS PUBLICOS - Decisiones de las comisiones de regulación sobre áreas de servicio exclusivo

La resolución CRA 258 de 2003, al autorizar la inclusión de cláusulas de área de servicio exclusivo en el contrato que suscriba el municipio de Yumbo, no desata una mera consulta, sino que emite un presupuesto indispensable para proseguir con el proceso licitatorio respectivo. O lo que es igual, la función atribuida a la CRA constituye un instrumento de intervención estatal en el servicio público de saneamiento básico, que por demás deberá fundarse en los motivos que determine la Ley 142 y los motivos que se invoquen deben ser comprobables, a términos del artículo 3 de la citada ley. En tal virtud, tal y como lo indicó el actor al alegar de conclusión, el marco jurídico aplicable exige a las comisiones que verifiquen los motivos y señalen las condiciones para la asignación de las ASE. Si bien la entidad territorial competente puede en última instancia asignar o no el área, en todos los casos en los que decida dicha asignación deberá hacerlo en las condiciones señaladas por la respectiva Comisión y sólo podrá hacerlo si esta última verifica que se reúnen las condiciones para hacerlo, toda vez que si la comisión llegare a decidir que no están dados los motivos y las condiciones para la asignación del área, la entidad territorial no podrá asignar dicha área y si lo llegare a hacer, contravendría de manera flagrante el precepto legal antes citado. En definitiva, la verificación de las condiciones para establecer las áreas de servicio exclusivo-ASE que corresponden a las comisiones de regulación es un instrumento de intervención estatal que se exterioriza en un acto administrativo y no en una mera opinión consultiva.

FUENTE FORMAL: LEY 142 DE 1994 - ARTICULO 3

NORMA DEMANDADA: RESOLUCION 258 DE 2003 (30 DE SEPTIEMBRE)
COMISION DE REGULACION DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BASICO -
(nulidad condicionada)

DECISION DE LA COMISION DE REGULACION SOBRE AREAS DE SERVICIO EXCLUSIVO - Es un acto administrativo definitivo / RESOLUCION 258 DE 2003 EXPEDIDA POR LA COMISION DE REGULACION DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BASICO - Sienta las bases del proceso licitatorio. Impugnación judicial autónoma / PLIEGO DE CONDICIONES - Naturaleza jurídica / PLIEGO DE CONDICIONES - Acto administrativo definitivo. Impugnación judicial autónoma / ACTOS PRECONTRACTUALES - Acción idónea

A juicio de la Sala no puede afirmarse que la decisión de la comisión de verificar los motivos que permitan la inclusión de áreas de servicio exclusivo en un municipio sea un simple acto de trámite. Todo lo contrario. Allí se consigna una genuina decisión definitiva. (...) en la resolución que se impugna se sientan las bases mismas del proceso licitatorio y por ello, para la Sala es absolutamente

clara la procedencia de la impugnación judicial autónoma de este acto. Finalmente, es preciso destacar que el artículo 4 de la resolución impugnada previó expresamente que contra ella procedía recurso de reposición en los términos del artículo 50 y siguientes del CCA. De modo que la propia CRA al elaborar el acto administrativo sub lite tenía claro que no era un simple un acto de trámite, pues es sabido que contra éste tipo de actos no procede ningún recurso como lo ordena el artículo 49 del CCA. Esta decisión en tanto determinante de varias de las etapas y condiciones del proceso de selección del contratista, participa de la misma naturaleza del pliego de condiciones cuya naturaleza definitiva y por ende control judicial autónomo ha sido deducido por la Sala en reiterados pronunciamientos, primero cuando pretorianamente se permitió su control a través de la acción de nulidad y luego bajo el cobijo de la Ley 446 de 1998 en tanto modificó el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, en la cual el legislador acogiendo los reiterados pronunciamientos jurisprudenciales, permitió el enjuiciamiento a través de las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, de los actos que se producen en la etapa de formación del contrato.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 49 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 50 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 87 / LEY 446 DE 1998

NOTA DE RELATORIA: Sobre la naturaleza del pliego, ver sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, de junio 8 de 2006, exp. 76001-23-31-000-1996-02716-01, M.P. María Elena Giraldo Gómez, y sobre su posibilidad de ser enjuiciado de manera autónoma, ver auto de enero 27 de 2000, exp. 16965 M.P. Jesús María Carrillo Ballesteros; sentencia de abril 26 de 2006, exp. 15188, M.P. María Elena Giraldo Gómez; sentencia de noviembre 30 de 2006, exp. 18059, M.P. Alier Hernández Enríquez y auto de julio 19 de 2010, exp. 38924, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

NORMA DEMANDADA: RESOLUCION 258 DE 2003 (30 DE SEPTIEMBRE) COMISION DE REGULACION DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BASICO - (nulidad condicionada)

INSTRUMENTO DE INTERVENCION ESTATAL EN LOS SERVICIOS PUBLICOS - Acto de verificación de motivos de las comisiones de regulación sobre áreas de servicio exclusivo / DECISION DE LAS COMISIONES DE REGULACION SOBRE LAS AREAS DE SERVICIO EXCLUSIVO - Efectos. Tiene efectos generales y no particulares

El acto de verificación de motivos es un instrumento de intervención del Estado en este sector económico y por lo mismo con clara incidencia no sólo para el municipio, sino para los eventuales operadores interesados, así como para toda la comunidad. Acto cuya relevancia y significación es reconocida por el propio legislador, cuando exige que este tipo de decisiones deban fundarse en los motivos que determina la Ley 142 y que los motivos que sean invocados deben ser comprobables (art. 3 eiusdem).

FUENTE FORMAL: LEY 142 DE 1994 - ARTICULO 3

NORMA DEMANDADA: RESOLUCION 258 DE 2003 (30 DE SEPTIEMBRE) COMISION DE REGULACION DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BASICO - (nulidad condicionada)

DECISION DE LAS COMISIONES DE REGULACION SOBRE LAS AREAS DE SERVICIO EXCLUSIVO - Tiene efectos generales y no particulares / DERECHO CONSTITUCIONAL ECONOMICO - Principios / PRINCIPIO DE LIBERTAD ECONOMICA - Concepto / MOTIVACION DE LAS DECISIONES DE INTERVENCION ECONOMICA EN SERVICIOS PUBLICOS - Ley 142 de 1994 artículo 3

La decisión administrativa que adopta la Comisión Reguladora interesa tanto a prestadores, como a consumidores y no solamente a la entidad municipal solicitante, en tanto tiene una relación directa y específica con uno de los principios fundamentales del derecho constitucional económico en Colombia: la libertad económica, también denominada en el siglo XIX libertad de comercio y de industria. Se trata, como ya se precisó, de una atribución que exterioriza un instrumento para la intervención estatal para los servicios públicos (art. 3 Ley 142 de 1994). En efecto, la libertad económica entendida como la facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico, según sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar un patrimonio, es una libertad que se encuentra limitada por los poderes de intervención del Estado en la economía, entre ellos por la regulación económica.

FUENTE FORMAL: LEY 142 DE 1994 - ARTICULO 3

NOTA DE RELATORIA: En relación con la definición de libertad económica, ver sentencia de la Corte Constitucional, T-425 de 1992.

NORMA DEMANDADA: RESOLUCION 258 DE 2003 (30 DE SEPTIEMBRE) COMISION DE REGULACION DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BASICO - (nulidad condicionada)

LIBERTAD ECONOMICA - Libertad de empresa y libertad de competencia / LIBERTAD DE EMPRESA - Noción. Definición. Concepto / LIBERTAD DE COMPETENCIA - Noción. Definición. Concepto / DECISION DE LAS COMISIONES DE REGULACION SOBRE LAS AREAS DE SERVICIO EXCLUSIVO - Consecuencias en la libertad económica / LIBERTAD DE EMPRESA - Efectos en sub libertades / AUTORIZACION DE LA COMISION DE REGULACION PARA CONSTITUIR AREAS DE SERVICIO EXCLUSIVO - Incidencia en la libertad de acceso al mercado y en la libertad de contratación

La Sala reitera que se trata de un derecho o libertad que tiene un doble contenido que se aprecia, por una parte, en la libertad de empresa que constituye nada menos que “el fundamento de la actividad particular y de los derechos inherentes a ella” y de otra, en la libertad de competencia, esto es, el derecho a competir o a participar en la actividad económica sin ser discriminado. La decisión definitiva que se adopta por la Comisión Reguladora incide directamente esos dos contenidos de la libertad económica, en tanto de ser positiva, una vez superado el proceso licitatorio respectivo, impide luego de suscrito el contrato de concesión, que cualquier agente económico entre a competir con el concesionario en esa área geográfica. No se olvide que la libertad de empresa despliega sus efectos, según la doctrina, en varias “sub-libertades”: i) la libertad de inversión que es el derecho a establecerse o de instalarse, dentro de los límites del bien común, según lo dispuesto por el inciso primero del artículo 333 citado; ii) la libertad de organización o creación de empresas que es la potestad para ejercer o explotar la actividad económica respectiva, de “emprender” actividades económicas en el sentido de libre fundación de empresas; iii) libertad de acceso al mercado también

conocida como libertad de entrada y que en el sector de los servicios públicos domiciliarios en Colombia está prevista expresamente bajo la nominación “libertad de empresa” en el artículo 10 de la ley 142; y iv) la libertad de contratación o libertad comercial que supone la facultad de elegir proveedores y clientes. De esas cuatro “sublibertades”, la autorización para constituir una ASE por parte del ente regulatorio tiene incidencia directa en los dos últimos, esto es, la libertad de entrada (o libertad de acceso al mercado) que se somete ahora a una emulación por el mercado y no en el mercado y con la libertad de contratación del municipio, al incidir directamente –en el ejercicio de su competencia verificadora- tanto en el pliego de condiciones como en el misma minuta del contrato de concesión que se pretende suscribir. A su vez, la libertad de competencia económica supone -en palabras del profesor Angarita- la ausencia de obstáculos entre competidores en el ejercicio de una actividad económica lícita y por lo mismo excluye todas las diversas formas de prácticas anticompetitivas que puedan eventualmente desvirtuarla. Competidores que, al autorizarse la constitución de la ASE por parte de la Comisión de Regulación respectiva, deberán enfrentarse para obtener el mercado y una vez vencidos, no podrán lícitamente concurrir en ese mercado ahora monopólico, por autorización legislativa.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 333 / LEY 142 DE 1994 - ARTICULO 10

NOTA DE RELATORIA: En relación con la libertad económica, consultar sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, exp. 888-AP, de agosto 13 de 2008, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

NORMA DEMANDADA: RESOLUCION 258 DE 2003 (30 DE SEPTIEMBRE) COMISION DE REGULACION DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BASICO - (nulidad condicionada)

DERECHO DEL CONSUMO - Características / DERECHO DEL CONSUMO - Límite a la libertad económica / DECISION DE LAS COMISIONES DE REGULACION SOBRE LAS AREAS DE SERVICIO EXCLUSIVO - Tiene efectos generales y no particulares

No debe perderse de vista que el derecho del consumo es un límite a la libertad económica, sobre la base de que ésta no es un fin en si misma sino que está concebida principalmente en beneficio de la parte más frágil: el consumidor o usuario, dada su posición de inferioridad manifiesta frente a los agentes del mercado. (...) La intervención económica del Estado (arts. 334, 365 y 370 C.P.) se exige no sólo en beneficio de quienes participan directamente en la competencia “en” o “por” el mercado, sino justamente a favor de la parte más débil, el usuario, que se verá directamente afectada –positiva o negativamente- con la decisión que adopte la Comisión Reguladora al decidir si autoriza o no la inclusión de cláusulas de ASE en contratos de concesión del servicio por parte de los municipios. De cuanto antecede se concluye que la resolución CRA 258 de 30 de septiembre de 2003, expedida por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, por la cual se decide la solicitud de verificación de motivos que permitan la inclusión de cláusulas de área de servicio exclusivo en los contratos que suscriba el Municipio de Yumbo-Valle para conceder el servicio público de aseo, es susceptible de ser demandada en acción de nulidad, en tanto se trata de un acto administrativo de carácter general en los términos del artículo 84 del CCA, habida cuenta que afecta no sólo al municipio solicitante, sino también a los eventuales prestadores interesados y a todos los usuarios de ese municipio.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 334 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 365 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 370 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 84

NOTA DE RELATORIA: Sobre la intervención económica del Estado, ver sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, AG-016 de 2011, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

NORMA DEMANDADA: RESOLUCION 258 DE 2003 (30 DE SEPTIEMBRE) COMISION DE REGULACION DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BASICO - (nulidad condicionada)

SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS - No son función administrativa / PRESTACION DEL SERVICIO PUBLICO DOMICILIARIO DE ASEO - Asignación de áreas de servicio exclusivo mediante contratos de concesión / INTERPRETACION CONFORME A LA CONSTITUCION - Artículo 40 de la ley 142 de 1994 y del artículo 9 de la ley 632 de 2000

Para la Sala es preciso no perder de vista que los servicios públicos domiciliarios con ocasión de la expedición de la Constitución de 1991 y en especial a partir de las reformas legales de 1994, tal y como lo ha señalado en reiterados pronunciamientos, dejaron de ser concebidos como función pública, a la manera de la escuela realista de Burdeos, para ser tratados como un capítulo singular de la Constitución Económica dentro de un modelo “neocapitalista, propio de una economía social de mercado, que pretende conciliar las bondades de la competencia con la necesaria intervención estatal, en orden a proteger al usuario final”. (...) La Sala reitera, pues, que el artículo 9 de la Ley 632 vino a complementar lo dispuesto por el artículo 40 de la Ley 142, al prever dentro de los esquemas de prestación para el servicio público domiciliario de aseo, la asignación de áreas de servicio exclusivo, mediante contratos de concesión. En tal virtud, para aplicar este precepto es menester recurrir a lo dispuesto en la otra disposición que –como se indicó– contiene las exigencias normativas para poder hacer uso de esta figura excepcional. Así, por ejemplo, aunque la segunda norma no alude a la comisión de regulación respectiva, sus atribuciones en este punto continúan vigentes. El texto del artículo 9 de la Ley 632 no sugiere una modificación del artículo 40 de la Ley 142, por cuanto no regulan el mismo tema, dado que aquella apenas alude a la figura de las ASE como un posible esquema de prestación del servicio de aseo, mientras que ésta prevé las condiciones de aplicación de dicho instituto. Nótese que la regla sigue siendo, como ordena el artículo 365 Constitucional, la libre iniciativa de los distintos agentes económicos según lo reitera el inciso primero del texto legal transcrito. Sin embargo, el inciso segundo del artículo 9 de la Ley 632, en relación con la prestación del servicio público domiciliario de aseo autoriza asignación de áreas de servicio exclusivo previa licitación, instrumento éste que busca garantizar la competencia por el mercado. Pero al hacerlo el legislador permitió este instituto excepcional únicamente para las actividades taxativamente allí enunciadas, esto es: (i) recolección, transferencia y transporte de residuos generados por usuarios residenciales y pequeños productores; (ii) residuos patógenos y peligrosos y (iii) para la limpieza integral de vías, áreas y elementos que componen el amoblamiento urbano público. Para el caso que ocupa la atención de la Sala importa destacar que la primera hipótesis, vale decir, las actividades de recolección, transferencia y transporte aplica única y exclusivamente respecto de “usuarios residenciales y pequeños productores”. De modo que cuando la Comisión reguladora extendió la autorización de la asignación de áreas de servicio exclusivo respecto de las actividades de recolección, transferencia y transporte de

residuos ordinarios de grandes generadores, fue más allá de lo previsto por la norma legal en cita y al hacerlo infringió abiertamente el mandato legal que le servía de fundamento para el ejercicio de su competencia. La Sala ratifica este carácter taxativo de los servicios, actividades o componentes sobre los cuales únicamente autorizó el legislador la concesión en exclusividad en un determinado espacio geográfico. Ello es así porque constitucionalmente, como ley de intervención económica que es, la Ley 632 debe fijar con claridad los fines, alcances y límites de la libertad económica que regula (artículo 150 num. 21 C.P.). En otras palabras, la resolución impugnada sólo se estima ajustada al ordenamiento legal en tanto y en cuanto no se extienda a supuestos no previstos por el legislador, caso en el cual respecto de estos estará viciada de nulidad. Síguese de todo lo anterior que no es admisible hacer lecturas extensivas, como las propuestas por los accionados, a hipótesis no consignadas expresamente por la ley pues ellas atentan contra de los principios de libertad de empresa y de libre competencia económica, que cimientan el régimen constitucional y legal de los servicios públicos domiciliarios y además, tornan inocua la norma en comento, porque supondría la previsión de una opción alternativa para el municipio. Así interpretada, todas las previsiones sobre qué aspectos pueden ser objeto de ASE serían letra muerta, interpretación por supuesto irrazonable y que impide al texto legal producir un efecto útil.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 150 NUMERAL 21 / LEY 142 DE 1994 - ARTICULO 40 / LEY 632 DE 2000 - ARTICULO 9

NOTA DE RELATORIA: Respecto del concepto de los servicios públicos domiciliarios con posterioridad a la Constitución Política de 1991, ver sentencias del Consejo de Estado, Sección Tercera, AP-020, de mayo 13 de 2004, M.P. María Elena Giraldo Gómez; AP-254 de febrero 10 de 2005, M.P. María Elena Giraldo Gómez; AP-1470 de febrero 24 de 2005, M.P. Ramiro Saavedra Becerra; AP-1944 de enero 26 de 2006, M.P. Ruth Stella Correa Palacio; AP-543 de marzo 2 de 2006, M.P. Ruth Stella Correa Palacio; AP-004 de agosto 15 de 2007, M.P. Ruth Stella Correa Palacio y AP-005 de junio 19 de 2008, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

NORMA DEMANDADA: RESOLUCION 258 DE 2003 (30 DE SEPTIEMBRE) COMISION DE REGULACION DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BASICO - (nulidad condicionada)

MODULACION DE LOS EFECTOS ANULATORIOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO - Aplicación / RESOLUCION 258 DE 2003 EXPEDIDA POR LA COMISION DE REGULACION DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BASICO - Sólo es válida en el entendido en que el ASE autorizada no incluye los residuos de grandes productores / MODULACION DE LOS EFECTOS ANULATORIOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO - Efectos pro futuro de la anulación en servicios públicos

Como la parte resolutive de la resolución impugnada no precisa el ámbito del Área de Servicio Exclusivo en relación con los usuarios cobijados con la medida, esta situación impide expulsar todo el acto administrativo del orden jurídico, pues lo que se impondría sería una nulidad parcial que en este caso, se repite, por la confección del acto atacado resulta imposible. Esta circunstancia que obliga a mantener en el ordenamiento jurídico la resolución acusada, pero condicionada a que sólo es válida en el entendido en que el ASE autorizada no incluye los residuos de grandes productores. Como ya lo ha expresado la Sala, esta técnica permite al juez contencioso a la vez garantizar la supremacía de las normativas

superiores sobre el acto administrativo objeto del contencioso objetivo, al no retirar del ordenamiento una disposición administrativa que admite una lectura conforme a las normas superiores, pero simultáneamente respetando la supremacía de los preceptos constitucionales, legales o reglamentarias, sin que en modo alguno se extralimiten los poderes del juez administrativo conforme a lo prescrito por el artículo 84 del CCA. Es preciso reiterar que este tipo de determinaciones en modo alguno son arbitrarias, sino que –contrario sensu- son la consecuencia lógica del rol del juez administrativo como guardián de la legalidad administrativa en la medida en que -como advierte Merlk- la justicia administrativa en su génesis fue concebida como un instrumento eficaz de fiscalización a la administración e instituida para garantizar la vinculación total positiva del ejecutivo a la ley como manifestación de la voluntad general. La sentencia anulada condicionada que se adoptará en función del contenido del acto acusado se limitará a modular sus efectos y en lugar de retirar del ordenamiento jurídico la preceptiva administrativa demandada o de mantenerla a pesar de las observaciones de legalidad señaladas. Se proferirá, pues, un pronunciamiento que alterará parcialmente su contenido y supone, de paso, que se expulsa del ordenamiento cualquier otra interpretación que admita la norma acusada, incluida –por supuesto- la esgrimida tanto por la CRA como por el Ministerio de Vivienda y Desarrollo Territorial. En tal virtud, la Sala declarará ajustado a derecho el acto acusado bajo el entendido de que el mismo sólo respeta lo dispuesto por el artículo 9 de la Ley 632, en tanto se interprete que el Área de Servicio Exclusivo del municipio de Yumbo no incluye la recolección y transporte de residuos de los grandes productores o generadores. Por último, la Sala recuerda que de conformidad con lo establecido por el artículo 38 de la Ley 142 (declarado exequible según sentencia C 066 de 1997 por la Corte Constitucional), la anulación judicial de este acto administrativo en tanto relacionado con servicios públicos, sólo producirá efectos hacia futuro.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 84 / LEY 142 DE 1994 - ARTICULO 38 / LEY 632 DE 2000 - ARTICULO 9

NOTA DE RELATORIA: Sobre la modulación de los efectos de la sentencia de nulidad, ver providencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, de mayo 2 de 2007, exp. 1100-10-326-000-1998-05354-01(16257), M.P.: Ruth Stella Correa Palacio.

NOTA DE RELATORIA: Con salvamento de voto de la Dra. Stella Conto Díaz del Castillo

NORMA DEMANDADA: RESOLUCION 258 DE 2003 (30 DE SEPTIEMBRE) COMISION DE REGULACION DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BASICO - (nulidad condicionada)

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION B

Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO

Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de dos mil once (2011)

Radicación número: 11001-03-26-000-2005-00067-00(32018)

Actor: DARIO ALBERTO MUNERA

Demandado: COMISION DE REGULACION DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BASICO-CRA

Referencia: ACCION DE NULIDAD

Decide la Sala en única instancia el proceso iniciado por virtud de la demanda que, en ejercicio de la acción pública de nulidad establecida en el artículo 84 del C.C.A, interpuso Darío Alberto Múnera Toro, contra la Resolución CRA 258 de 2003, expedida por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico.

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones y norma acusada

El proceso se originó en la demanda presentada el 13 de junio de 2005 por el ciudadano Darío Alberto Múnera Toro en contra de la Nación- Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial en el respectivo Ministro presidente de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico-CRA. En la demanda, instaurada en nombre propio y en ejercicio de la acción de nulidad, se solicitó la declaración de nulidad de la resolución CRA 258 de 30 de septiembre de 2003, por la cual se decide la solicitud de verificación de motivos que permitan la inclusión de cláusulas de área de servicio exclusivo en los contratos que suscriba el municipio de Yumbo-Valle, para conceder el servicio público de aseo.

Destacó que la CRA, al responder un derecho de petición sobre si esta resolución incluía la prestación del servicio de aseo tratándose de residuos ordinarios de los usuarios no residenciales y de los grandes productores o generadores, dejó en claro que estos también se encuentran cobijados por el área de servicio exclusivo.

2. Normas violadas y concepto de la violación

El actor expuso que el artículo 9º de la Ley 632 de 2000 dispuso que el esquema aplicable a la prestación del servicio público domiciliario de aseo, para la prestación de las actividades de recolección y transporte de los residuos ordinarios de grandes generadores es el de libre competencia y concurrencia de prestadores del servicio. Agregó que según esa norma para las actividades de recolección, transferencia y transporte de residuos generados por usuarios residenciales y pequeños productores se pueden asignar áreas de servicio exclusivo.

Señaló que el régimen excepcional de asignación de áreas de servicio exclusivo de acuerdo con el inciso segundo opera únicamente para (i) las actividades de recolección, transferencia y transporte de residuos por usuarios residenciales y pequeños productores, residuos patógenos y peligrosos; (ii) la limpieza integral de las vías, áreas y elementos que componen el amoblamiento urbano público.

3. Admisión, contestación de la demanda, alegatos para fallo y concepto del Ministerio Público

Por auto de 8 de febrero de 2007 se admitió la demanda formulada, se negó la suspensión provisional solicitada, se ordenó su notificación personal al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial en su condición de Presidente de la CRA, al Director Ejecutivo de la misma y al Ministerio Público.

La Nación a través del escrito presentado por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, y luego reproducido en términos idénticos por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, se opuso a la prosperidad de los cargos y al efecto destacó que el artículo 40 prevé la posibilidad “sin limitación” de otorgar áreas de servicio exclusivo “por motivos de interés social y con el propósito de que la cobertura de los servicios públicos se pueda extender a las personas de menores ingresos”.

Adujo que según el tenor literal del artículo 9º de la Ley 632 de 2000 las actividades de recolección y transporte de los residuos ordinarios producidos por grandes generadores, puede prestarse bajo el esquema de libre competencia y competencia de oferentes así como de igual forma, las actividades de recolección, transferencia y transporte de residuos de usuarios residenciales y pequeños productores, residuos patógenos, peligrosos, y para la limpieza integral de vía, áreas y elementos que componen el amoblamiento urbano público, puede hacerse bajo el esquema de asignación de áreas de servicio exclusivo: De manera que ninguno de los dos esquemas es obligatorio.

A través de proveído de 27 de octubre de 2008 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. El actor, a más de reiterar lo expuesto, alegó que la resolución acusada es un acto administrativo definitivo. La CRA ratificó lo expresado y el Ministerio de ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial invocó en esta etapa procesal la excepción de inepta demanda. Precisó que dada la presunción de legalidad de todo acto administrativo, es necesario que aparezca de bulto la trasgresión al ordenamiento superior, es decir, no pueden aceptarse simples apreciaciones personales del actor.

La Procuraduría Cuarta Delegada ante el Consejo de Estado conceptuó que debían denegarse las pretensiones anulatorias. Consideró que lo que se cuestiona, “si bien atiende solamente a esa excepción de servicio exclusivo no por ello la nulidad deprecada se limita a apartes del acto sino a la totalidad del mismo”.

En cuanto al fondo, estimó que el artículo 9º de la Ley 632 utiliza la expresión “podrán”, de modo que a su juicio “ mientras frente al tema de los grandes generadores la ley estableció como optativa la posibilidad de que apliquen el esquema de libre competencia y competencia, en el caso de las actividades de recolección, transferencia y transporte de residuos generados por usuarios residenciales y pequeños productores (...) los municipios y distritos deberán asegurar la prestación del servicio, para lo cual, considera esta Delegada que igualmente podrán asignar áreas de servicio exclusivo, mediante la celebración de

contratos de concesión, previa la realización de licitación pública, procedimiento con el cual se garantizó la competencia”.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

En cuanto hace a la distribución de los negocios entre las distintas Secciones del Consejo de Estado el artículo 12 del Acuerdo 58 de 1992¹, modificado por el artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999, por el cual se adoptó el Reglamento del Consejo de Estado, dispuso que la Sección Tercera conoce de los procesos de simple nulidad de actos administrativos que versen sobre asuntos contractuales.

La Sección Tercera es competente para conocer de este asunto, habida cuenta de que lo que se está discutiendo es la legalidad de un acto administrativo general proferido por una Comisión de Regulación, en el que se adopta una decisión que incide directamente sobre un contrato de concesión del servicio público de aseo. Y tratándose de un asunto sin cuantía expedido por una autoridad del orden nacional impugnado en ejercicio de la acción de nulidad, lo conoce privativamente y en única instancia el Consejo de Estado (art. 128 numeral 1º del CCA).

2. Fijación del litigio:

La Sala adelantará el análisis de legalidad de la resolución CRA 258 de 2003, por la cual se decide la solicitud de verificación de motivos que permitan la inclusión de cláusulas de área de servicio exclusivo en los contratos que suscriba el Municipio de Yumbo-Valle, para conceder el servicio público de aseo (copia auténtica, fls. 2 a 28 c. ppal.), únicamente en relación con los cargos formulados, esto es, por haber incluido las actividades de recolección y transporte de residuos ordinarios de grandes generadores dentro del esquema excepcional de asignación de áreas de servicio exclusivo.

¹ En desarrollo de lo dispuesto por el numeral 6º del artículo 237 de la Carta.

Al respecto la Sala advierte que en el apartado 9º de las “Conclusiones del análisis de la CRA”, en la hoja 25 de la resolución CRA 258 de 2003 demandada, claramente se indica que “Conforme a lo establecido en el artículo 13 del Decreto 1713 de 2002, los usuario no residenciales del servicio público de aseo se clasifican en pequeños y grandes productores, de acuerdo con el volumen de residuos sólidos producidos. Lo anterior sin perjuicio del derecho de cada usuario de obtener de las empresas el aforo de su producción. Por tanto, si se efectúa el aforo a los referidos usuarios, es deber de las empresas aplicar la tarifa del servicio de aseo con base en el volumen de residuos sólidos aforados y, en consecuencia, la categorización de los usuarios no residenciales pequeños productores de debe tener en cuenta la producción para el cobro del servicio” (copia auténtica, fl. 26 c. ppal.).

Asimismo obra en el expediente oficio CRA-OJ 0918 de 29 de marzo de 2004, en el que esa Comisión de Regulación -al contestar un derecho de petición sobre el alcance de la resolución CRA 258 de 2003 demandada- expresamente indicó que “en el caso particular de la verificación de motivos para la inclusión de cláusulas de Área de Servicio Exclusivo en los contratos de concesión del municipio de Yumbo, es necesario precisar que dentro de la información aportada por la Entidad Territorial para lograr el cierre financiero del área, se incluyó la producción de residuos de los usuarios residenciales y de los no residenciales grandes y pequeños productores” (copia auténtica, fls.30 a 32 c. ppal.).

3. Excepciones propuestas

La Nación², tanto por intermedio de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico como en la defensa presentada por el Ministerio de

² Como certeramente lo precisó el Ministerio Público, las Comisiones de Regulación son Unidades Administrativas Especiales, sin personería jurídica adscritas a un Ministerio –en el caso de la CRA al de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial- que integran el sector central de la Rama Ejecutiva del Poder Público (art. 69.1 de la Ley 142 de 1994, art. 38 de la Ley 489 de 1998 y art. 2º del Decreto 2882 de 2007) y por ello quien la representa es la Nación a través del referido Ministerio. Además, conforme con lo establecido en el inciso 2o. del artículo 68 de la Ley 142 de 1994, debe mediar delegación por parte del Presidente de la República para que la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico pueda ejercer las funciones contenidas en la mencionada ley. Delegación que tuvo lugar mediante el Decreto 1524 de 1994. Por lo demás, con arreglo al artículo 6º del Decreto 1905 de 2006 esa Comisión era presidida

Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, expuso en su escrito de contestación y al alegar de conclusión, que en este caso mediaba ineptitud de la demanda, por diferentes motivos a saber: (i) porque la comisión en estos casos emite un concepto y no un acto administrativo obligatorio; (ii) porque la decisión atacada es un acto de trámite; (iii) porque el acto acusado no tiene efectos generales sino particulares.

3.1 La competencia de las comisiones de regulación no es meramente consultiva y se adopta mediante acto administrativo

La Nación anotó que el acto de verificación de motivos por parte de la Comisión, no es un acto administrativo de obligatorio cumplimiento por todos los prestadores de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo del país, máxime cuando se trata de un concepto que surte efectos exclusivamente frente al ente territorial solicitante. Manifestó que la verificación de motivos para el otorgamiento de Áreas de Servicio Exclusivo por parte de la Comisión “se constituye en un criterio o concepto de carácter eminentemente consultivo”.

A este respecto conviene destacar que como una situación de excepción al esquema general de competencia en el mercado de los servicios públicos implantado desde la Constitución, la ley permitió la constitución de las denominadas **Áreas de Servicio Exclusivo-ASE**, por cuya virtud el legislador autorizó la concesión por parte de los alcaldes de un servicio, siempre que se reúnan las estrictas condiciones de aplicación de esta figura.

por el otrora Ministerio de Desarrollo Económico, norma derogada el Decreto 2882 de 2007 (por el cual se aprueban los estatutos y reglamento interno de la CRA en virtud de lo prescrito por el artículo 5° del Decreto 2474 de 1999), que en su lugar dispuso en su artículo 4° que la presidirá el Ministro de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.

En el *sub lite*, a fls. 117 y 118 c.ppal. obra la Resolución 575 de 2003, por la cual la Ministra de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial delegó en el jefe de la oficina jurídica de dicha Comisión para llevar la representación judicial de esa entidad administrativa y para conferir poderes tanto a través de abogados de planta como de asesores externos.

En efecto, el artículo 40 de la Ley 142 de 1994, por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios³, prescribe:

“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 1. 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.

Parágrafo 2. Derogado artículo 7 de la ley 286 de 1996” (subrayas ajenas al texto original).

Tal y como ya lo ha señalado la jurisprudencia⁴, de la lectura del texto legal transcrito se tiene que las áreas de servicio exclusivo-ASE son una **figura excepcional** en cuanto entrañan la concesión del servicio, esto es, que ninguna otra empresa de servicios públicos pueda ofrecer los mismos servicios en la misma área durante un tiempo determinado.

De ahí que la disposición en cita, cuya constitucionalidad no es materia de este juicio, imponga las siguientes rigurosas condiciones de aplicación:

³ Diario Oficial No. 41433 de junio 11 de 1994, con correcciones en Diarios Oficiales No. 41768 de 1995 y 41925 de 1995, de acuerdo con la publicación de la misma contenida en Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, *Régimen Básico*, Bogotá, Imprenta Nacional, segunda edición junio de 2002.

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia AP 888 de 13 de agosto de 2008, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

i) Sólo podrá tener lugar por motivos de interés social y con el propósito de extender la cobertura a los usuarios pobres;

ii) La competencia para fijarlas es de la autoridad o autoridades territoriales competentes;

iii) Supone la celebración de un contrato en el que se precisará el espacio geográfico en el cual se prestará el servicio concesionado en exclusividad, los niveles de calidad que debe asegurar y demás obligaciones en torno a la prestación del servicio.

iv) La Comisión Reguladora respectiva debe definir por vía general cómo se verifica la existencia de los motivos que permiten la inclusión de áreas de servicio exclusivo en este tipo de contratos, los lineamientos generales y las condiciones a las cuales deben someterse; metodología que fue establecida para el sector de acueducto y saneamiento básico en la Resolución CRA 151 de 2001, Sección 1.3.7.

v) El proceso de adjudicación del contrato de concesión de áreas de servicio exclusivo se debe adelantar previa licitación que asegure concurrencia de oferentes (*competencia por el mercado*);

vi) El ente regulador competente deberá verificar, antes de la apertura de la licitación, que las ASE son indispensables para asegurar la viabilidad financiera de la extensión de la cobertura a las personas de menores ingresos (se destaca).

En consonancia con este precepto el artículo 9º de la Ley 632 se ocupó de regular esta modalidad de prestación para el caso de aseo, como se explicará más adelante. Importa, en todo caso, destacar que en desarrollo de esta disposición legal, el Gobierno Nacional expidió el Decreto Reglamentario 891 de 2002⁵, que dispuso que el establecimiento y otorgamiento de áreas de servicio exclusivo para

⁵ Diario Oficial No. 44.795, de 09 de mayo de 2002.

la prestación de actividades del servicio público domiciliario de aseo, **se hará siempre por medio de contratos de concesión**, adjudicados previo agotamiento de un proceso licitatorio público, con el cual se garantice la competencia y la transparencia (artículo 3º).

El decreto reglamentario en cita establece en su artículo 4º que previamente a la apertura de la licitación pública para la asignación de áreas de servicio exclusivo en la prestación del servicio público de aseo, los municipios y distritos deberán solicitar a la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico-CRA la verificación de existencia de los motivos que permiten la inclusión de áreas de servicio exclusivo en los contratos de concesión, de acuerdo con los lineamientos generales y condiciones a que éstos se encuentran sometidos y deberán aportar a la CRA los estudios que demuestren que el otorgamiento del área de servicio exclusivo es el mecanismo más apropiado para asegurar la viabilidad financiera de la extensión de la cobertura a los usuarios de menores ingresos.

Asimismo, y siguiendo el **criterio restrictivo y excepcional de las ASE**, el decreto reglamentario en comento, previó en su artículo 5º las condiciones previas para poder celebrar contratos en virtud de los cuales se establezcan áreas de servicio exclusivo y exigió que los representantes legales de los municipios y distritos demuestren ante la CRA las siguientes condiciones:

“(…) 5.1. Que los recursos disponibles en un horizonte de mediano y largo plazo no son suficientes para extender la prestación del servicio de aseo a los usuarios de menores ingresos y que con el otorgamiento del área se obtendrá el aumento de cobertura a dichos usuarios, sin desmejorar la calidad del servicio.

5.2. Que la constitución del área de servicio exclusivo propuesta, produciría economías y eficiencias asignativas en la operación que permitirían, con los recursos disponibles, llevar o subsidiar el servicio a dichos usuarios.

5.3. Que las zonas que se declaren como áreas de servicio exclusivo serán financiera e institucionalmente viables, teniendo en cuenta los niveles de subsidio otorgados y los montos de contribuciones con que cuente el Fondo de Solidaridad y Redistribución de Ingresos del respectivo municipio o distrito.”

El mismo decreto reglamentó lo relativo a la definición regulatoria de las metodologías para la verificación de las condiciones previas (art. 6); la información y documentación que debe contener el proceso licitatorio a través del cual se concesione el servicio de aseo bajo la modalidad de áreas de servicio exclusivo (artículo 7) y las condiciones mínimas del proceso de contratación (artículo 8), entre otros aspectos capitales de las ASE.

No hay que olvidar que al estudiar la legalidad de este decreto, esta Sala encontró ajustado el papel que la ley encomienda a las Comisiones de Regulación en la asignación de las ASE, en los siguientes términos:

“La **ley 632 de 29 de diciembre de 2000**, constituyó el pilar del ejercicio de la potestad reglamentaria para expedir el decreto que se demanda; determinó como deber de los Municipios y Distritos el asegurar la prestación del servicio de aseo, para lo cual les permitió asignar **áreas de servicio exclusivo**, mediante la celebración de contratos de concesión, previa la realización de licitación pública, con el fin de cumplir con las labores de recolección, transferencia y transporte de residuos generados por usuarios residenciales y pequeños productores, residuos patógenos y peligrosos, y para la limpieza integral de vías, áreas y elementos que componen el amoblamiento urbano público. Y es en este aspecto, que la citada ley indicó, en forma clara, que sería el Gobierno Nacional el encargado de definir la metodología a seguir, por parte de los Municipios y Distritos, para la contratación del servicio público domiciliario de aseo, dándose así el marco de competencia y necesidad de la potestad reglamentaria a ejercer.

Por su parte, la **ley 142 de 1994**, definió y reguló qué se debe entender por **ÁREAS DE SERVICIO EXCLUSIVO**, cuyo fin es garantizar la prestación de los servicios públicos domiciliarios, para las personas de menores ingresos. Para tal efecto determinó que las entidades territoriales tienen la facultad de establecer, mediante invitación pública, dichas 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’*, dentro de un preciso espacio geográfico en el cual se prestará el servicio. Y particularmente indicó las competencias a cargo de las Comisiones de Regulación, en relación con la determinación y manejo de esas zonas de servicio exclusivas, tal y como se desprende del parágrafo 1 del ARTÍCULO 40 (...):

Por consiguiente, como quedó visto, las Comisiones de Regulación no sólo tienen las funciones previstas **en los artículos 73 y 74 de la ley 142 de 1994**, y por tanto no puede prosperar la imputación de ilegalidad que efectuaron los demandantes respecto de los artículos

4 a 7.12 del decreto reglamentario 891 de 7 de mayo de 2002, toda vez que según el transcrito párrafo, **1 del artículo 40 de la ley 142 de 1994**, tienen además las siguientes funciones:

- DEFINIR la forma cómo se verifican la existencia de motivos **para constituir dicha exclusividad.**
- DEFINIR las condiciones y lineamientos **a que deben someterse esos motivos.**
- VERIFICAR que se incluyan en los respectivos contratos **las cláusulas indispensables para asegurar la viabilidad financiera para la cobertura del servicio**

En consecuencia, las competencias a las que alude el decreto reglamentario acusado para la Comisión de Regulación de Agua Potable y saneamiento Básico, no tienen origen en este decreto sino en el párrafo 1 del artículo 40 de la ley 142 de 1994. Además, el artículo reglamentado, **9 de la ley 632 de 2000**, le asignó al Presidente de la República, definir la metodología que deben seguir los Municipios y Distritos para la contratación del servicio público domiciliario de aseo.”⁶ (negrillas y resaltado originales)

De modo que lejos de constituirse en una simple función consultiva, la atribución del ente regulador constituye una **auténtica decisión administrativa** que, con arreglo al precepto legal en cita, consiste en establecer, como presupuesto previo al proceso licitatorio que pretende adelantar el respectivo municipio, si la constitución de esa área de servicio exclusivo es necesaria para asegurar la viabilidad financiera para la ampliación de la cobertura a los sectores de bajos ingresos.

La resolución CRA 258 de 2003, al autorizar la inclusión de cláusulas de área de servicio exclusivo en el contrato que suscriba el municipio de Yumbo, no desata una mera consulta, sino que emite un presupuesto indispensable para proseguir con el proceso licitatorio respectivo. O lo que es igual, la función atribuida a la CRA constituye un instrumento de intervención estatal en el servicio público de saneamiento básico, que por demás deberá fundarse en los motivos que

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 27 de octubre de 2005, rad. 11001-03-26-000-2002-00045-01(23583), C.P. María Elena Giraldo Gómez.

determine la Ley 142 y los motivos que se invoquen deben ser comprobables, a términos del artículo 3º de la citada ley.

En tal virtud, tal y como lo indicó el actor al alegar de conclusión, el marco jurídico aplicable exige a las comisiones que verifiquen los motivos y señalen las condiciones para la asignación de las ASE. Si bien la entidad territorial competente puede en última instancia asignar o no el área, en todos los casos en los que decida dicha asignación deberá hacerlo en las condiciones señaladas por la respectiva Comisión y sólo podrá hacerlo si esta última verifica que se reúnen las condiciones para hacerlo, toda vez que si la comisión llegare a decidir que no están dados los motivos y las condiciones para la asignación del área, la entidad territorial no podrá asignar dicha área y si lo llegare a hacer, contravendría de manera flagrante el precepto legal antes citado.

En definitiva, la verificación de las condiciones para establecer las áreas de servicio exclusivo-ASE que corresponden a las comisiones de regulación es un instrumento de intervención estatal que se exterioriza en un acto administrativo y no en una mera opinión consultiva.

En consecuencia, no existe ineptitud de la demanda por la razón esbozada por la entidad accionada.

3.2 La decisión administrativa de la comisión reguladora no es un acto de trámite

Al alegar de conclusión la Nación, a través de los escritos presentados por la CRA y el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, esgrimió que se trata de un mero acto de trámite, que da impulso a la actuación, que no decide nada sobre el asunto debatido, pero que instrumenta la decisión final o definitiva. Se trata, a su juicio, de un acto instrumental que integra el procedimiento anterior a la decisión que finalmente resuelve el asunto y sus defectos podrán cuestionarse cuando se impugne el acto definitivo. En su criterio: “es claro que la única parte

con interés en dicha actuación y que por tanto puede o no resultar afectada con ella (...) no es otra que el municipio como entidad territorial que solicitó dicho pronunciamiento para efecto de adelantar el proceso licitatorio, que le compete exclusivamente surtir, bajo su propia y autónoma responsabilidad”.

El actor, a su vez, al alegar de conclusión observó que la resolución acusada es un acto administrativo definitivo. Explicó que lo dicho por los accionados desconoce las atribuciones que le corresponden, en general, a las Comisiones de Regulación y en particular a la CRA, en lo que respecta a las áreas de servicio exclusivo para la prestación de los servicios públicos domiciliarios.

A juicio de la Sala no puede afirmarse que la decisión de la comisión de verificar los motivos que permitan la inclusión de áreas de servicio exclusivo en un municipio sea un simple acto de trámite. Todo lo contrario. Allí se consigna una genuina decisión definitiva.

En efecto, de conformidad con los artículos 1.3.7.6, 1.3.7.7 y 1.3.7.8 de la resolución CRA 151 de 2001, la Comisión de Regulación de Agua procedió en este caso a verificar la existencia de motivos que permitan la inclusión de cláusulas de áreas de servicio exclusivo en los contratos de concesión del servicio público de aseo en el municipio de Yumbo, departamento del Valle.

Allí se hizo un estudio de factibilidad técnica, económica y financiera, en el que por cierto se solicitó la aclaración de múltiples aspectos al municipio solicitante en materias relacionadas con: equilibrio entre subsidios y contribuciones, extensión de cobertura a usuarios de menores ingresos, sitio de disposición final, barrido y limpieza de vías y áreas públicas, entre otros asuntos técnicos.

Así mismo la resolución CRA 258 de 2003 contiene un pormenorizado análisis de los pliegos de condiciones en puntos tales como la calificación del proponente, los componentes básicos de la propuesta técnica, la propuesta económica, el esquema de calificación de las propuestas, incluso comentarios puntuales referentes a las cláusulas de la minuta del contrato, por citar algunos de los múltiples aspectos contractuales abordados.

Por manera que en la resolución que se impugna se sientan las bases mismas del proceso licitatorio y por ello, para la Sala es absolutamente clara la procedencia de la impugnación judicial autónoma de este acto.

Finalmente, es preciso destacar que el artículo 4º de la resolución impugnada previó expresamente que contra ella procedía recurso de reposición en los términos del artículo 50 y siguientes del CCA. De modo que la propia CRA al elaborar el acto administrativo *sub lite* tenía claro que no era un simple un acto de trámite, pues es sabido que contra éste tipo de actos no procede ningún recurso como lo ordena el artículo 49 del CCA.

Esta decisión en tanto determinante de varias de las etapas y condiciones del proceso de selección del contratista, participa de la misma naturaleza del pliego de condiciones cuya naturaleza definitiva y por ende control judicial autónomo ha sido deducido por la Sala en reiterados pronunciamientos, primero cuando pretorianamente se permitió su control a través de la acción de nulidad y luego bajo el cobijo de la Ley 446 de 1998 en tanto modificó el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, en la cual el legislador acogiendo los reiterados pronunciamientos jurisprudenciales, permitió el enjuiciamiento a través de las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, de los actos que se producen en la etapa de formación del contrato⁷.

Se despachará, de consiguiente, de manera negativa también la excepción propuesta en cuanto el acto acusado no es de trámite.

3.3 La decisión atacada tiene efectos generales y no particulares

La Nación al alegar de conclusión encontró, tanto en el escrito presentado por la CRA como en el del Ministerio, que el acto acusado no comporta unos efectos

⁷ Sobre la naturaleza del pliego vid. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 8 de junio de 2006, Rad. 76001-23-31-000-1996-02716-01, C.P. María Elena Giraldo Gómez y sobre su posibilidad de ser enjuiciado de manera autónoma, cfr. auto de enero 27 de 2000, exp. 16965 C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros, sentencia de 26 de abril de 2006, rad. 73001-23-31-000-1997-04707-02(15188), CP María Elena Giraldo Gómez, sentencia de 30 de noviembre de 2006, rad. 11001-03-26-000-2000-00020-01(18059), CP Alier Hernández Enríquez y auto de 19 de julio de 2010, rad. 11001-03-26-000-2010-00036-00(38924), CP Mauricio Fajardo Gómez.

generales sino particulares, en cuanto está destinada única y exclusivamente a producir vínculo frente al municipio de Yumbo y no es de obligatorio cumplimiento para todos los prestadores de servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo del país. En su entender se está delante de un típico caso de indebida escogencia de la acción.

El actor, a su vez, aseguró que el acto acusado afecta a todos los usuarios del servicio público domiciliario de aseo en el municipio de Yumbo, en particular a los usuarios no residenciales que son grandes productores o generadores y por lo mismo "produce efectos generales". Dijo que los motivos determinantes de la acción interpuesta son los de tutelar la legalidad en abstracto y el orden jurídico en general, de manera que no pretende el restablecimiento de un derecho particular. Y que si llegase a calificarse la resolución como un acto administrativo de carácter particular, debe reconocerse que tiene un interés social y económico.

Al respecto, el Ministerio Público estimó que pese a que el acto que se demanda responda a una solicitud de una situación puntual del referido municipio, no por ello se puede entender que se trate de una manifestación de carácter particular que atañe sólo a dicho ente, de donde el interés de velar por la legalidad no recae solamente en la administración municipal, sino también en todos los demás interesados, bien sean estos posibles oferentes, como en la propia comunidad, pues no se puede desconocer el derecho que corresponde a cada uno de los ciudadanos por el control social que se ha previsto frente a esta clase de servicios.

A este respecto, tal y como ya se advirtió en esta providencia, el acto de verificación de motivos es un instrumento de intervención del Estado en este sector económico y por lo mismo con clara incidencia no sólo para el municipio, sino para los eventuales operadores interesados, así como para toda la comunidad. Acto cuya relevancia y significación es reconocida por el propio legislador, cuando exige que este tipo de decisiones deban fundarse en los motivos que determina la Ley 142 y que los motivos que sean invocados deben ser comprobables (art. 3º *eiusdem*).

Ahora bien, la decisión administrativa que adopta la Comisión Reguladora interesa tanto a prestadores, como a consumidores y no solamente a la entidad municipal

solicitante, en tanto tiene una relación directa y específica con uno de los principios fundamentales del derecho constitucional económico en Colombia: la **libertad económica**, también denominada en el siglo XIX libertad de comercio y de industria⁸. Se trata, como ya se precisó, de una atribución que exterioriza un instrumento para la intervención estatal para los servicios públicos (art. 3º Ley 142 de 1994).

En efecto, la libertad económica entendida como la facultad que tiene toda persona de realizar actividades de carácter económico, según sus preferencias o habilidades, con miras a crear, mantener o incrementar un patrimonio, es una libertad que se encuentra limitada por los poderes de intervención del Estado en la economía⁹, entre ellos por la regulación económica.

La Sala reitera¹⁰ que se trata de un derecho o libertad que tiene un doble contenido¹¹ que se aprecia, por una parte, en la **libertad de empresa** que constituye nada menos que “*el fundamento de la actividad particular y de los derechos inherentes a ella*” y de otra, en la **libertad de competencia**, esto es, el derecho a competir o a participar en la actividad económica sin ser discriminado.

La decisión definitiva que se adopta por la Comisión Reguladora incide directamente esos dos contenidos de la libertad económica, en tanto de ser positiva, una vez superado el proceso licitatorio respectivo, impide luego de suscrito el contrato de concesión, que cualquier agente económico entre a competir con el concesionario en esa área geográfica.

⁸ Cfr. Martín Retortillo, S., *Derecho Administrativo económico I*, Madrid, La ley, 1988, p. 128.

⁹ Corte Constitucional, sentencia T 425 de 1992.

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia AP 888 de 13 de agosto de 2008, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

¹¹ De Laubadère, André, Devolvé, Pierre, *Droit public économique*, Paris, Précis Dalloz, p. 192.

No se olvide que la **libertad de empresa** despliega sus efectos, según la doctrina, en varias “sub-libertades”¹²: i) *la libertad de inversión* que es el derecho a establecerse o de instalarse, dentro de los límites del bien común, según lo dispuesto por el inciso primero del artículo 333 citado; ii) *la libertad de organización o creación de empresas* que es la potestad para ejercer o explotar la actividad económica respectiva, de “emprender” actividades económicas en el sentido de libre fundación de empresas; iii) *libertad de acceso al mercado*¹³ también conocida como libertad de entrada y que en el sector de los servicios públicos domiciliarios en Colombia está prevista expresamente bajo la nominación “libertad de empresa” en el artículo 10 de la ley 142; y iv) *la libertad de contratación o libertad comercial* que supone la facultad de elegir proveedores y clientes.

De esas cuatro “sublibertades”, la autorización para constituir una ASE por parte del ente regulatorio tiene incidencia directa en los dos últimos, esto es, la libertad de entrada (o libertad de acceso al mercado) que se somete ahora a una emulación por el mercado y no en el mercado y con la libertad de contratación del municipio, al incidir directamente –en el ejercicio de su competencia verificadora– tanto en el pliego de condiciones como en el misma minuta del contrato de concesión que se pretende suscribir.

A su vez, la **libertad de competencia económica** supone -en palabras del profesor Angarita- la ausencia de obstáculos entre competidores en el ejercicio de una actividad económica lícita y por lo mismo excluye todas las diversas formas de prácticas anticoncurrenciales que puedan eventualmente desvirtuarla¹⁴. Competidores que, al autorizarse la constitución de la ASE por parte de la Comisión de Regulación respectiva, deberán enfrentarse para obtener el mercado y una vez vencidos, no podrán lícitamente concurrir en ese mercado ahora monopólico, por autorización legislativa.

¹² De Juan Asenjo, Oscar, *La Constitución económica española*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 154.

¹³ Ariño Ortiz, Gaspar, *Principios de Derecho Público Económico*, Universidad Externado de Colombia, Coedición Fundación de Estudios de Regulación, Madrid, Bogotá, 2003.

¹⁴ Angarita Barón, Ciro, “La libertad económica en la jurisprudencia de la Corte Constitucional: aproximación fugaz”, en *AAVV Constitución Económica Colombiana*, Bogotá, Bibliotheca Millennium, 1996, p. 172 .

En adición, hay que señalar que la protección de la libertad económica en sus dos dimensiones colectivas: la libre empresa y la libertad de competencia económica, supone igualmente la tutela colectiva del derecho de los consumidores o usuarios, para quienes en últimas está prevista esta figura excepcional de las ASE, como que busca “asegurar la viabilidad financiera de la extensión de la cobertura a las personas de menores ingresos” (parágrafo 1º, art. 40 Ley 142).

Por otra parte, no debe perderse de vista que **el derecho del consumo** es un límite a la libertad económica, sobre la base de que ésta no es un fin en si misma sino que está concebida principalmente en beneficio de la parte más frágil: el consumidor o usuario, dada su posición de inferioridad manifiesta frente a los agentes del mercado tal y como se advirtió en el seno de la Constituyente:

“Cuando la competencia económica no es libre o es desleal o injusta se produce un daño que afecta no sólo a determinados productores de bienes y servicios o a los consumidores respectivos, sino también al conjunto de la colectividad. Por el contrario, cuando la competencia no adolece de estas fallas, es decir, cuando es libre, leal y justa, el mercado, mediante la acción de las fuerzas de la oferta y la demanda, se torna eficiente y provee grandes beneficios a la comunidad.

En consecuencia, el derecho a la libre competencia económica no lo es solamente de quienes concurren al mercado con calidad de productores de bienes y servicios, sino que constituye un derecho esencial de los consumidores y usuarios (por cuanto de no existir la competencia económica estarían sometidos al ejercicio del poder monopólico o al abuso de posición dominante en términos del costo o de la calidad de los bienes y servicios que consumen o utilizan) y, más aún, de la colectividad toda, como quiera que toda la comunidad se beneficia de la operación de un sistema económico competitivo y eficiente”¹⁵ (Subrayas de la Sala).

La intervención económica del Estado (arts. 334, 365 y 370 C.P.) se exige no sólo en beneficio de quienes participan directamente en la competencia “*en*” o “*por*” el mercado, sino justamente a favor de la parte más débil¹⁶, el usuario, que se verá directamente afectada –positiva o negativamente- con la decisión que adopte la

¹⁵ Citado en Perry Rubio, Guillermo. “Estado y sector privado en la Constitución de 1991”, en *VVAA Constitución Económica Colombiana, op. Cit.*, p. 128.

¹⁶ El reconocimiento de esa posición de inferioridad o subordinación en el mercado es un tema fuera de discusión entre los expertos en derecho del consumo. Vid. Reich, Norbert, *Mercado y Derecho*, Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1985; Bando Casado, Honorio-Carlos, *Planteamientos básicos sobre la defensa del consumidor*, Instituto Nacional del Consumo, Segunda edición, Madrid, 1986. En este sentido Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia AG 016 de 2011, CP Correa Palacio.

Comisión Reguladora al decidir si autoriza o no la inclusión de cláusulas de ASE en contratos de concesión del servicio por parte de los municipios.

De cuanto antecede se concluye que la resolución CRA 258 de 30 de septiembre de 2003, expedida por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, por la cual se decide la solicitud de verificación de motivos que permitan la inclusión de cláusulas de área de servicio exclusivo en los contratos que suscriba el Municipio de Yumbo-Valle para conceder el servicio público de aseo, es susceptible de ser demandada en acción de nulidad, en tanto se trata de un acto administrativo de carácter general en los términos del artículo 84 del CCA, habida cuenta que afecta no sólo al municipio solicitante, sino también a los eventuales prestadores interesados y a todos los usuarios de ese municipio.

Además, la acción de nulidad intentada es procedente, toda vez que el vicio que se le endilga a la resolución atacada -incompetencia para hacer extensiva esa área a grandes generadores- afecta principios que pertenecen a la contratación estatal -sea esta gobernada o no por la Ley 80- como modalidad de la actuación administrativa (art. 209 C.P.), tales como los de economía y eficacia, así como los propios del servicio público, en especial los de libre competencia y continuidad en la prestación (art. 365 *eiusdem*).

Por manera que al estar definida la procedencia de la acción pública de nulidad frente al acto separable, se impone declarar no probada la excepción de inepta demanda por indebida escogencia de la acción propuesta.

4. Estudio del cargo: Violación de la ley al cobijar el área de servicio exclusivo-ASE la actividad de recolección de grandes generadores

El demandante planteó que el régimen general de libre competencia o concurrencia, de acuerdo con el inciso primero del artículo 9º de la Ley 632 de 2000 comprende de manera expresa las actividades de recolección y transporte de los residuos ordinarios de los grandes generadores y reciclaje, tratamiento, aprovechamiento, disposición final de residuos y operación comercial.

En su criterio, contrariando la ley, la resolución impugnada incluye las actividades de recolección y transporte de los residuos ordinarios de grandes generadores, dentro del esquema excepcional de asignación de áreas de servicio exclusivo. Al efecto invocó los antecedentes legislativos del artículo 9º de la Ley 632 de 2000.

Frente al cargo la Nación esgrimió que tanto la Ley 632 como el artículo 40 de la Ley 142 deben ser interpretados de manera sistemática -en pro del cumplimiento de los fines del Estado- y por ello no existe infracción alguna. Asimismo sostuvo, al alegar de conclusión, que en este caso, el actor no precisó el vicio, razón o motivo por el cual el acto administrativo debe ser declarado nulo, además no indicó si la petición de nulidad se dirigía frente a un artículo del acto o frente a “todo el contenido deóntico de la Resolución”.

Al respecto el Ministerio Público anotó que si bien lo relativo a dicho régimen de excepción se plasmó en el inciso segundo del artículo 9º de la Ley 632, no por ello tal esquema se puede entender limitado sólo para las actividades relacionadas con el transporte de residuos generados por usuarios residenciales y pequeños productores, sino que igualmente se extiende a las actividades de recolección y transporte de residuos por parte de grandes generadores, “pues no observa ninguna razón que contravenga tal beneficio monopolístico en el aludido municipio, cuando con el proceso licitatorio se está permitiendo y respetando el principio de la libre competencia”.

Para la Sala es preciso no perder de vista que los servicios públicos domiciliarios con ocasión de la expedición de la Constitución de 1991 y en especial a partir de las reformas legales de 1994, tal y como lo ha señalado en reiterados pronunciamientos¹⁷, dejaron de ser concebidos como función pública, a la manera

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia AP 020 de 13 de mayo de 2004, MP María Elena Giraldo Gómez. En el mismo sentido se pueden consultar, entre otros, los siguientes pronunciamientos de la misma Sala: sentencia AP 254 de 10 de febrero de 2005, MP María Elena Giraldo Gómez; sentencia de AP 1470 de 24 de febrero de 2005, MP Ramiro Saavedra Becerra; sentencia AP 1944 de 26 de enero de 2006, MP Ruth Stella Correa Palacio, sentencia de AP 543 de 2 de marzo de 2006, MP Ruth Stella Correa Palacio, sentencia AP 004 de 15 de agosto de 2007, MP Ruth Stella Correa Palacio y sentencia AP 005 de 19 de junio de 2008, MP Ruth Stella Correa Palacio, entre otros pronunciamientos.

de la escuela realista de Burdeos, para ser tratados como un capítulo singular de la Constitución Económica dentro de un modelo *“neocapitalista, propio de una economía social de mercado, que pretende conciliar las bondades de la competencia con la necesaria intervención estatal, en orden a proteger al usuario final”*¹⁸.

En efecto, el artículo 365 Constitucional garantiza para el sector de los servicios públicos domiciliarios un régimen de competencia (libertad de empresa, libre competencia y protección al usuario). Esquema de libre competencia desarrollado minuciosamente por la Ley 142 a lo largo y ancho de su texto¹⁹. Baste destacar a guisa de ejemplo que:

i) en su artículo 2.6 subraya que el Estado interviene en los servicios públicos para garantizar la libre competencia y la no utilización abusiva de la posición dominante;

ii) en su artículo 3.3 dentro de los instrumentos de dicha intervención estatal ocupa lugar destacado el principio de neutralidad, a fin de asegurar que no exista ninguna práctica discriminatoria en la prestación de los servicios;

iii) en el artículo 9.2 al prever los derechos de los usuarios estableció la libre elección del prestador y

iv) en el artículo 10 ya citado previó la libertad de empresa, como un derecho de todas las personas a organizar y operar empresas que tengan por objeto la prestación de los servicios públicos, dentro de los límites de la Constitución y la ley.

¹⁸ "Legislador y juez: ¿Garantías o amenazas al modelo de prestación de los servicios públicos domiciliarios?" en *Contexto, Revista de Derecho y Economía*, Universidad Externado de Colombia, agosto de 2004, Edición especial No. 18.

¹⁹ Cfr. *“Del carácter singular del derecho de la competencia en los servicios públicos domiciliarios”*, en *Contexto, Revista de Derecho y Economía*, No. 13, abril de 2002, Universidad Externado de Colombia, p. 22 y ss. y Corte Constitucional, sentencia C 037 de 2003.

De ahí que está fuera de discusión que el esquema general y usual de prestación de los servicios públicos sea el de la competencia en el mercado.

Ahora, el artículo 9 de la Ley 632 de 2000²⁰, en perfecta consonancia con el artículo 40 de la Ley 142, al definir los esquemas de prestación del servicio público domiciliario de aseo, dispuso en forma diáfana que:

“ARTICULO 9o. ESQUEMAS DE PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DOMICILIARIO DE ASEO. Para la prestación de las actividades de recolección y transporte de los residuos ordinarios de grandes generadores, así como las de reciclaje, tratamiento, aprovechamiento, disposición final de los residuos y operación comercial, los municipios y distritos, responsables de asegurar su prestación, podrán aplicar el esquema de la libre competencia y concurrencia de prestadores del servicio, en los términos y condiciones que establezca el Gobierno Nacional.

Para las actividades de recolección, transferencia y transporte de residuos generados por usuarios residenciales y pequeños productores, residuos patógenos y peligrosos, y para la limpieza integral de vías, áreas y elementos que componen el amoblamiento urbano público, los municipios y distritos deberán asegurar la prestación del servicio, para lo cual podrán asignar áreas de servicio exclusivo, mediante la celebración de contratos de concesión, previa la realización de licitación pública, procedimiento con el cual se garantizará la competencia.

PARAGRAFO. Corresponde al Gobierno Nacional definir la metodología a seguir por parte de los municipios y distritos para la contratación del servicio público domiciliario de aseo.” (se subraya)

Esta disposición en modo alguno puede significar como lo alegan los accionados y lo insinúa el Ministerio Público, como la previsión de una doble alternativa: la de la competencia y la de la institucionalización de las ASE, a “libre escogencia” por parte de los municipios, como si se tratase de una alternativa discrecional.

Contrario sensu, el inciso primero del artículo 9º de la Ley 632 de 2000 antecitado más que crear una opción, como se dijo, ratifica que el modelo de prestación se funda en la competencia. En efecto, cuando la norma indica en su inciso primero que para la prestación de las actividades de recolección y transporte de los residuos ordinarios de “grandes generadores” los municipios o distritos podrán aplicar el esquema de la libre competencia, está confirmando lo prescrito por el marco constitucional y legal antes expuesto.

²⁰ Diario Oficial No 44.275, de 29 de diciembre de 2000.

De ahí que, más que una opción –como lo proponen los accionados- lo que la norma establece es una ratificación del esquema de libre competencia que prohijó la propia Constitución. Una lectura en sentido diverso, entrañaría alejarse del mandato superior y por ello reñiría con la interpretación conforme a la Carta que debe iluminar siempre la lectura de los textos subconstitucionales.

Ahora, cuando la misma norma establece en su segundo inciso que los municipios podrán asignar ASE, está también reiterando la posibilidad excepcional (todos los intervinientes en el proceso coincidieron en el carácter exceptivo de ese instituto) que ya había abierto el artículo 40 de la Ley 142.

La Sala reitera²¹, pues, que el artículo 9 de la Ley 632 vino a complementar lo dispuesto por el artículo 40 de la Ley 142, al prever dentro de los esquemas de prestación para el servicio público domiciliario de aseo, la asignación de áreas de servicio exclusivo, mediante contratos de concesión. En tal virtud, para aplicar este precepto es menester recurrir a lo dispuesto en la otra disposición que –como se indicó- contiene las exigencias normativas para poder hacer uso de esta figura excepcional. Así, por ejemplo, aunque la segunda norma no aluda a la comisión de regulación respectiva, sus atribuciones en este punto continúan vigentes.

El texto del artículo 9 la Ley 632 no sugiere una modificación del artículo 40 de la Ley 142, por cuanto no regulan el mismo tema, dado que aquella apenas alude a la figura de las ASE como un posible esquema de prestación del servicio de aseo, mientras que ésta prevé las condiciones de aplicación de dicho instituto.

Nótese que la regla sigue siendo, como ordena el artículo 365 Constitucional, la libre iniciativa de los distintos agentes económicos según lo reitera el inciso primero del texto legal transcrito. Sin embargo, el inciso segundo del artículo 9 de la Ley 632, en relación con la prestación del servicio público domiciliario de aseo

²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia AP 888 de 13 de agosto de 2008, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

autoriza asignación de áreas de servicio exclusivo previa licitación, instrumento éste que busca garantizar la **competencia por el mercado**.

Pero al hacerlo el legislador permitió este instituto excepcional únicamente para las actividades taxativamente allí enunciadas, esto es:

(i) recolección, transferencia y transporte de residuos generados por usuarios residenciales y pequeños productores;

(ii) residuos patógenos y peligrosos y

(iii) para la limpieza integral de vías, áreas y elementos que componen el amoblamiento urbano público.

Para el caso que ocupa la atención de la Sala importa destacar que la primera hipótesis, vale decir, las actividades de recolección, transferencia y transporte aplica única y exclusivamente respecto de “usuarios residenciales y pequeños productores”.

De modo que cuando la Comisión reguladora extendió la autorización de la asignación de áreas de servicio exclusivo respecto de las actividades de recolección, transferencia y transporte de residuos ordinarios de grandes generadores, fue más allá de lo previsto por la norma legal en cita y al hacerlo infringió abiertamente el mandato legal que le servía de fundamento para el ejercicio de su competencia.

La Sala ratifica²² este carácter taxativo de los servicios, actividades o componentes sobre los cuales únicamente autorizó el legislador la concesión en

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia AP 888 de 13 de agosto de 2008, C.P. Ruth Stella Correa Palacio

exclusividad en un determinado espacio geográfico. Ello es así porque constitucionalmente, como ley de intervención económica que es, la Ley 632 debe fijar con claridad los fines, alcances y límites de la libertad económica que regula (artículo 150 num. 21 C.P.).

En otras palabras, la resolución impugnada sólo se estima ajustada al ordenamiento legal en tanto y en cuanto no se extienda a supuestos no previstos por el legislador, caso en el cual respecto de estos estará viciada de nulidad.

Síguese de todo lo anterior que no es admisible hacer lecturas extensivas, como las propuestas por los accionados, a hipótesis no consignadas expresamente por la ley pues ellas atentan contra de los principios de libertad de empresa y de libre competencia económica, que cimientan el régimen constitucional y legal de los servicios públicos domiciliarios y además, tornan inocua la norma en comento, porque supondría la previsión de una opción alternativa para el municipio. Así interpretada, todas las previsiones sobre qué aspectos pueden ser objeto de ASE serían letra muerta, interpretación por supuesto irrazonable y que impide al texto legal producir un efecto útil.

Ahora, como la parte resolutive de la resolución impugnada no precisa el ámbito del Área de Servicio Exclusivo en relación con los usuarios cobijados con la medida²³, esta situación impide expulsar todo el acto administrativo del orden jurídico, pues lo que se impondría sería una nulidad parcial que en este caso, se repite, por la confección del acto atacado resulta imposible.

Esta circunstancia que obliga a mantener en el ordenamiento jurídico la resolución acusada, pero condicionada a que sólo es válida en el entendido en que el ASE autorizada no incluye los residuos de grandes productores.

²³ Cfr Apartado 2º de la parte considerativa de este proveído.

Como ya lo ha expresado la Sala²⁴, esta técnica permite al juez contencioso a la vez garantizar la supremacía de las normativas superiores sobre el acto administrativo objeto del contencioso objetivo, al no retirar del ordenamiento una disposición administrativa que admite una lectura conforme a las normas superiores, pero simultáneamente respetando la supremacía de los preceptos constitucionales, legales o reglamentarias, sin que en modo alguno se extralimiten los poderes del juez administrativo conforme a lo prescrito por el artículo 84 del CCA.

Es preciso reiterar²⁵ que este tipo de determinaciones en modo alguno son arbitrarias, sino que –*contrario sensu*– son la consecuencia lógica del rol del juez administrativo como *guardián de la legalidad administrativa*²⁶ en la medida en que – como advierte Merkl– la justicia administrativa en su génesis fue concebida como un instrumento eficaz de fiscalización a la administración²⁷ e instituida para garantizar la vinculación total positiva del ejecutivo a la ley como manifestación de la voluntad general²⁸.

²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 2 de mayo de 2007, rad. 1100-10-326-000-1998-05354-01 (16.257), CP: Ruth Stella Correa Palacio.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ Dentro de las razones que determinan el surgimiento de la justicia administrativa ocupa el primer lugar el principio de legalidad, como enseña el profesor Eduardo García de Enterría en su célebre opúsculo “La lucha contra las inmunidades del poder”, Cuadernos Civitas, Madrid, Tercera Edición, 1983, p. 14 y ss. En términos similares Bodenheimer observa que “[d]ebe definirse el derecho administrativo como el Derecho que se refiere a las limitaciones puestas a los poderes de los funcionarios y corporaciones administrativas” (Bodenheimer, Edgar. Teoría del Derecho, México, 1964, p. 116). Sobre las dificultades que entraña esta fórmula clásica, vid. Rivero, Jean. “El juez administrativo: ¿Guardián de la legalidad administrativa o guardián administrativo de la legalidad?” en *Páginas de Derecho Administrativo*, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario y Ed. Temis, Bogotá, 2002, p. 153 y ss.

²⁷ Según Merkl: “La exigencia de una justicia administrativa se comprende históricamente como protesta contra los métodos administrativos del Estado de policía absoluto, aunque ha sido un Estado absoluto, el de Napoleón, quien ha consagrado este imperativo moderno. La introducción de esta institución ha significado, queriendo o sin querer, un voto de desconfianza para la administración y un voto de confianza para la justicia. Es un testimonio vivo de que el liberalismo llevaba en su programa algo más que frases vacías. La justicia administrativa era uno de los tres imperativos que el liberalismo aportaba a la política administrativa –los otros dos eran la legalidad de la administración y la auto-administración– que hoy se han convertido en un bien común del moderno derecho administrativo, sin que nos diéramos cuenta certera de su origen ideológico. Desde tres puntos fue transformada la administración, el reducto más firme del absolutismo: mediante la exigencia de legalidad, la administración, sometida hasta ahora a la voluntad única del monarca fue sometida a la voluntad mediata del pueblo expresada por la ley. Mediante la exigencia de una auto-administración se hizo sitio, dentro de la administración, para el ejercicio de la soberanía inmediata de la voluntad del pueblo. Y mediante la exigencia de una justicia administrativa se crearon las garantías de que la voluntad popular, que encuentra su expresión, dentro de la administración, en la forma de la ley, habría de manifestarse en los actos administrativos de manera pura, limpia de todo influjo incontrolable e irresponsable.” (Merkl, Adolfo, *Teoría General del Derecho Administrativo*, México, Editora Nacional, 1980, pp. 469 y ss.)

²⁸ A juicio de Parejo Alfonso: “[s]e trata, sin embargo, de una formulación histórica efímera y de realización efectiva prácticamente nula, toda vez que el ejecutivo nunca se limitó verdaderamente –ni en Francia, ni en España– al puro papel de brazo ejecutor de la voluntad parlamentaria. Sobre la praxis y facilitado el proceso primero por el régimen napoleónico y luego por la implantación de la monarquía constitucional, se va a ir produciendo una evolución hacia una

La **sentencia anulación condicionada** que se adoptará en función del contenido del acto acusado se limitará a modular sus efectos y en lugar de retirar del ordenamiento jurídico la preceptiva administrativa demandada o de mantenerla a pesar de las observaciones de legalidad señaladas. Se proferirá, pues, un pronunciamiento que alterará parcialmente su contenido y supone, de paso, que se expulsa del ordenamiento cualquier otra interpretación que admita la norma acusada, incluida –por supuesto- la esgrimida tanto por la CRA como por el Ministerio de Vivienda y Desarrollo Territorial.

En tal virtud, la Sala declarará ajustado a derecho el acto acusado bajo el entendido de que el mismo sólo respeta lo dispuesto por el artículo 9 de la Ley 632, en tanto se interprete que el Área de Servicio Exclusivo del municipio de Yumbo no incluye la recolección y transporte de residuos de los grandes productores o generadores.

Por último, la Sala recuerda que de conformidad con lo establecido por el artículo 38 de la Ley 142 (declarado exequible según sentencia C 066 de 1997 por la Corte Constitucional), la anulación judicial de este acto administrativo en tanto relacionado con servicios públicos, sólo producirá efectos hacia futuro.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

significación del principio como vinculación negativa, es decir, como expresivo sencillamente de la Ley como límite para la acción de la organización a la que está encomendada la función ejecutiva, que posee un fundamento y una legitimidad propios.

"(...) La vinculación del poder ejecutivo a la Ley significa, por de pronto, la interdicción de cualquier actuación del mismo en contradicción con ésta, de suerte que la infracción de tal interdicción lleva aparejada la nulidad de la medida en que se traduzca. Es ésta la consecuencia natural de la fuerza específica de la Ley en un Estado democrático, en tanto que expresión de la voluntad de la representación primaria de la soberanía popular." (Parejo Alonso, Luciano *et al. Manual de Derecho Administrativo*, Volumen 1, Barcelona, Ariel Derecho, 1998, pp. 78 y 83.)

De acuerdo con Parada: "La Justicia administrativa es (...) una Jurisdicción tensa porque tiene la dura misión de controlar los actos de poder. Ésa es su tarea cotidiana (...) en la Justicia administrativa la tensión con el poder es el pan de cada día" (Parada, Ramón, *Derecho Administrativo I Parte General*, Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 671).

F A L L A

PRIMERO.- DESESTÍMANSE las excepciones de ineptitud sustantiva de la demanda y de improcedencia de la acción de nulidad.

SEGUNDO. DECLÁRASE NULA la Resolución CRA 258 de 2003, expedida por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, pero únicamente en tanto se interprete que el ASE se hizo extensiva a las actividades de recolección y transporte de los residuos ordinarios de grandes generadores.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO
Presidenta de Sala
Con Salvamento de voto

RUTH STELLA CORREA PALACIO

DANILO ROJAS BETANCOURTH

**CON SALVAMENTO DE VOTO DE LA DRA. STELLA CONTO DIAZ DEL
CASTILLO**

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION B

Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO

Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de dos mil once (2011)

Radicación número: 11001-03-26-000-2005-00067-00(32018)

Actor: DARIO ALBERTO MUNERA

Demandado: COMISION DE REGULACION DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BASICO-CRA

Referencia: SALVAMENTO DE VOTO

Con el debido respeto por la posición mayoritaria de la Subsección B de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, me permito expresar los argumentos por los cuales disiento de la decisión adoptada en el asunto de la referencia, en los siguientes términos:

1. La decisión mayoritaria de anular condicionalmente el acto demandado se funda, principalmente, en que el artículo 365 de la Constitución Política y la Ley 142 de 1994 garantizan un régimen de libre competencia para los servicios públicos domiciliarios, en protección de los derechos de los usuarios, por cuya virtud el artículo 9º de la Ley 632 impide que los grandes generadores del servicio de aseo no sean incluidos en las áreas de servicio exclusivo, como lo hizo el acto demandado.
2. La Constitución Política dispuso un régimen económico para los servicios públicos domiciliarios, orientado por el postulado de la libertad económica en varias de sus expresiones: libre actividad, libre iniciativa privada, libre empresa y libre competencia –art. 333- y por los criterios de costos, solidaridad y redistribución –arts. 367 y 368-. Todos estos enderezados al cumplimiento del deber que le impone al Estado de garantizar la prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional –art. 365-.
3. Con este último fin la Constitución limita la libertad económica i) sometiéndola al bien común -art. 333-; ii) imponiendo función social a la empresa -art. 333-, iii) atribuyendo responsabilidad en el ejercicio de la libre competencia, de tal

manera que ésta no se obstruya o restrinja ni se abuse de la posición dominante en el mercado -art. 333-; iv) ordenando que la ley delimite su alcance cuando así lo exijan el interés social -art. 333- y iv) mandando que el Estado intervenga para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes y, “de manera especial, para (...) asegurar que todas las personas, en particular las de menores ingresos, tengan acceso efectivo a los bienes y servicios básicos” –artículos 334 y 366 -.

4. En materia de saneamiento ambiental y de agua potable, la Constitución define como objetivo fundamental la solución de las necesidades básicas insatisfechas y otorga prioridad a la asignación del gasto público para estos servicios –art. 366-.
5. También, la Constitución previó el otorgamiento de subsidios para que las personas de menores ingresos puedan pagar las tarifas de los servicios públicos domiciliarios que cubran sus necesidades básicas –art. 368-.
6. Dentro de este régimen constitucional la libertad económica, en sus distintas expresiones, no constituye un fin *per se* sino un instrumento, o medio que, interpretado junto con los criterios de costos y de solidaridad, debe orientarse al cumplimiento del fin supremo de garantizar que la prestación de los servicios públicos domiciliarios se haga en condiciones de eficiencia a todos los habitantes.

En este sentido, si bien la libre actividad económica, la libre iniciativa, la libertad de empresa y la libre competencia son principios propios de una economía de mercado, debe tenerse en cuenta que la razón de ser del mercado no es su existencia misma, sino que debe ser un mecanismo orientado a la asignación eficiente de bienes y servicios necesarios para la prestación de los servicios a todos los habitantes del territorio nacional. De tal manera que el ejercicio de esas libertades solamente puede entenderse como válido, a la luz de la Constitución, en la medida en que se oriente a la prestación de los servicios con costos eficientes y garanticen el acceso a los

servicios y a las necesidades básicas en condiciones justas y equilibradas de todas las personas, incluyendo las de menores ingresos.

7. Por otro lado, como coinciden la doctrina y la jurisprudencia constitucional²⁹, los servicios públicos domiciliarios presentan múltiples externalidades y fallas que impiden que el mercado, por sí solo, sea suficiente para garantizar el fin constitucional de prestación eficiente a todos los habitantes. Y, por tanto, ameritan la intervención permanente del Estado, entre múltiples razones, por las cuantiosas inversiones que se requieren para la ampliación de la cobertura que permita universalizar el servicio, por la condición monopólica natural de algunas actividades como las relacionadas con las redes físicas y por la baja capacidad de pago de un alto porcentaje de los habitantes con necesidades básicas insatisfechas, que no pueden ser excluidos del acceso efectivo a los servicios esenciales.

Intervención que se hace a través de distintos mecanismos como i) la definición y destinación del gasto público a los sectores económicos que conforman estos servicios, ii) el otorgamiento de subsidios a la oferta –el Estado realiza inversiones que no se trasladan en la tarifa a los usuarios- o a la demanda –con recursos públicos se ayuda a pagar los consumos de los usuarios-, iii) la imposición de gravámenes a la industria o al consumo, iv) el aprovechamiento de las economías de escala y v) la configuración de áreas de servicio exclusivo que sustituyen al mercado competitivo, entre otros. Que en términos generales, no son otra cosa que la aplicación del principio constitucional de solidaridad y redistribución del ingreso, previsto en el artículo 367.

Sobre estos mecanismos de intervención ha señalado la Corte Constitucional:

Por su parte la crisis de las instituciones del mercado y la erosión de los poderes de los consumidores, aunada a la importancia que se le reconoce al mercado en las economías contemporáneas, han originado en cabeza del Estado poderosos instrumentos de intervención que le permiten sancionar concentraciones, abusos y disfunciones que a menudo se

²⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-150 de 2003, magistrado ponente Manuel José Cepeda Espinosa.

*presentan en ellas, de suerte que a mayor imperfección de éstas el balance induce a una mayor intervención del Estado ya sea para corregirlas, compensarlas o, en casos extremos, sustituir enteramente los mecanismos de mercado*³⁰ –se destaca–.

Asimismo, la aplicación del principio constitucional de solidaridad en materia de servicios públicos no se agota en el otorgamiento de subsidios, sino que, de cara a la ampliación de la cobertura y la universalización del servicio exige la adopción de otras medidas, como el aprovechamiento de las economías de escala y la distribución de los costos eficientes del servicio entre el mayor número posible de usuarios. Al respecto ha señalado la Corte Constitucional³¹ -se destaca-:

(...) la Corte ha puesto de presente que corresponde al legislador establecer el régimen de los servicios públicos de acuerdo con el marco axiológico descrito. En efecto, "[e]n uso de la facultad que la Carta Política le confirió al Congreso de la República para reglamentar la prestación de los servicios públicos domiciliarios se expidió la Ley 142 del 11 de julio de 1994, que con base en lo dispuesto en los artículos 334, 336 y 365 a 370 Superiores, desarrolló los fines sociales de la intervención del Estado en la prestación de estos servicios para alcanzar los siguientes objetivos: garantizar la calidad del bien objeto del servicio público y su disposición final para asegurar el mejoramiento de la calidad de vida de los usuarios; ampliación permanente de la cobertura mediante sistemas que compensen la insuficiencia de la capacidad de pago de los usuarios; atención prioritaria de las necesidades básicas insatisfechas en materia de agua potable y saneamiento básico (...).

De esta manera, el legislador previó, en desarrollo del artículo 367 de la Carta –según el cual corresponde a la ley fijar la cobertura, la forma de financiación y el régimen tarifario de tales servicios–, que la expansión de los servicios públicos sería costeadada por medio de diferentes fuentes de financiación, a saber, las inversiones estatales, las inyección de capital por parte de las empresas y el cobro a los usuarios de un factor tarifario por

³⁰ Sentencia C- 535/97; magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

³¹ Sentencia C-150 de 2003, citada.

dicho concepto, sin perjuicio de otras posibilidades, o la combinación de éstas. (...).

La ley puede también estipular que la expansión de los servicios públicos a todos los habitantes del territorio nacional sea cubierta únicamente con inyecciones de capital por las empresas prestadoras del servicio. No obstante, esta solución también podría conducir a que los costos de expansión fueran trasladados a los usuarios por vía de las tarifas para cubrir las inversiones ya realizadas en un lapso más breve y dentro de un grupo más reducido.

No obstante, un esquema de esta naturaleza haría que la expansión de los servicios quedara sujeta a los planes de inversión de las empresas privadas prestadoras. Igualmente, habría dificultades para la aplicación de criterios de solidaridad respecto de la recuperación de los recursos destinados para la expansión, pues si ésta benefició a sectores marginados, serían estos los que podrían verse obligados a soportar la carga de cubrir los costos de la expansión sin que tales costos se distribuyan entre una base más amplia de usuarios que comprenda a personas de estratos más altos.

Por el contrario, el cobro de un factor tarifario destinado específicamente para cubrir la expansión del servicio, facilita (i) que se tenga mayor claridad sobre los recursos recuperables para tal propósito y (ii) que se establezcan tarifas variables aplicables según la capacidad de pago de los diferentes usuarios, en atención al principio de solidaridad. Dicho factor permite además (iii) que la financiación de los costos de expansión sean distribuidos en el conjunto de usuarios, es decir, en una base más amplia; (iv) que los costos de la expansión se difieran en el tiempo durante un lapso mayor, aminorando así la carga que pueda recaer sobre cada usuario; y (v) que los usuarios en general colaboren, en virtud del principio de solidaridad, a la financiación de las inversiones necesarias para que las personas de menores ingresos tengan acceso a los servicios públicos.

En efecto, si bien el legislador puede establecer que corresponde al Estado asumir de manera directa este costo, difícilmente recuperable, también puede recurrir –tal como lo hace en esta oportunidad– al principio de

solidaridad entre usuarios mismos de los servicios públicos y disponer que los de mayores ingresos tendrán una carga proporcionalmente superior a la de los de menores ingresos para asegurar así que todos tengan acceso a tales servicio (...).

En este orden de ideas, al incluir en la tarifa los costos de expansión, el regulador deberá tener en cuenta el principio de solidaridad para que este costo adicional sea distribuido entre los usuarios de tal manera que se valore su diferente capacidad económica y se impida que tales costos recaigan en los usuarios actuales de menores ingresos en lugar de ser asignados de tal forma que los actuales usuarios de mayores ingresos sean quienes asuman proporcionalmente una carga mayor de financiación de la expansión. Lo anterior no obsta para que todos, también en virtud del principio de solidaridad, asuman una parte de estos costos de expansión, en la proporción y en el momento que, dentro del marco constitucional y legal, defina la comisión de regulación competente³².

8. Dentro del marco que se ha reseñado, se concluye que el funcionamiento de un mercado en libre competencia solamente se justifica constitucionalmente cuando éste es idóneo para garantizar la cobertura y prestación en condiciones de eficiencia a todos los habitantes, incluidos los de menores ingresos. Porque si ello no es así, debe imponerse la intervención del Estado, para hacer prevalecer el principio de solidaridad que exige adoptar todas las medidas necesarias, incluso la sustitución de los mecanismos del mercado, para que estos usuarios menos favorecidos tengan acceso al servicio en condiciones justas y económicamente proporcionadas.
9. Las disposiciones de la Ley 142 de 1994 desarrollan los anteriores principios y someten la prestación del servicio a la economía de mercado. Tales disposiciones solamente se justifican constitucionalmente en tanto el mercado sea un mecanismo idóneo para asegurar la universalización y controlar la eficiencia del servicio, mediante la aplicación de las teorías económicas sobre la eficiencia del mercado, especialmente del postulado según el cual, por el libre juego de la oferta y la demanda en un mercado competitivo se obtienen

³² El texto transcrito cita aquí la Sentencia C-252 de 1997.

precios eficientes que deben beneficiar a todos los usuarios, como lo señaló la Corte Constitucional, en la Sentencia C-150 de 2003, citada.

10. En ese orden de ideas, la ley 142 de 1994, en su artículo 40, por motivos de interés social sustituyó la prestación del servicio en condiciones de libre mercado, por áreas de servicio exclusivo que permitan extender la cobertura de los servicios de públicos de acueducto y alcantarillado, saneamiento ambiental, distribución domiciliaria de gas combustible por red y distribución domiciliaria de energía eléctrica, que deben establecerse mediante mecanismos de competencia a la entrada -invitación pública- y en las cuales puede pactarse que ninguna otra empresa de servicios públicos ofrezca los mismos servicios en la misma área, durante un tiempo determinado.

Estas áreas pueden ser convenidas por las entidades territoriales competentes i) cuando la exclusividad deviene en indispensable para asegurar la viabilidad financiera de la extensión de la cobertura a las personas de menores ingresos, ii) siempre que debe precisarse el espacio geográfico, el servicio objeto de exclusividad, los niveles de calidad y cobertura y demás obligaciones del contratista se precisen efectivamente y iii) en consideración a que el área consulte la motivación general previamente establecida por la comisión de regulación respectiva.

11. El párrafo 2º del artículo 40 de la Ley 142 de 1994 permitía la entrada de nuevos oferentes a estas áreas o la salida de un grupo de usuarios, con el fin de posibilitar la reducción de costos para el grupo facultaba que durante la vigencia de los contratos de áreas de servicio exclusivo, si las comisiones de regulación así lo consideraban. Disponía la norma:

Si durante la vigencia de estos contratos surgieren condiciones que permitan reducir los costos de prestación del servicio para un grupo de usuarios del área respectiva, las comisiones de regulación podrán permitir la entrada de nuevos oferentes a estas áreas, o la salida de un grupo de usuarios para que otro oferente les preste el servicio, manteniendo de todas

formas el equilibrio económico del contrato de quien ostentaba el derecho al área de servicio exclusivo. Sin perjuicio de lo anterior, al cabo de un tiempo de celebrado el contrato la entidad pública que lo firmó podrá abrir una nueva licitación respecto del mismo contrato y si la gana una empresa distinta de aquella que tiene la concesión estará obligada a dejar indemne a ésta, según metodología que definirá previamente la comisión de regulación respectiva. Esta misma regla se aplicará a los contratos de concesión de gas que contengan cláusulas de áreas de servicio exclusivo.

Sin embargo, este párrafo fue derogado expresamente por el artículo 7º de la Ley 286 de 1996, a partir de lo cual debe entenderse que fue expresa la voluntad del legislador de no autorizar la exclusión de grupos de usuarios ubicados en el área geográfica del área exclusiva y, *a contrario sensu*, el sometimiento de todos los usuarios comprendidos en esa área a la exclusividad del servicio, con el fin de asegurar en una mejor medida la viabilidad financiera de la ampliación de la cobertura a todos los usuarios de menores ingresos.

Tratamiento legal del todo coherente con la prevalencia de los principios de universalización del servicio y de solidaridad –arts. 365 y 367-, en la forma como lo ha interpretado la Corte Constitucional, por cuanto permite que se establezcan tarifas variables aplicables según la capacidad de pago de los diferentes usuarios, que la financiación de los costos de expansión sean distribuidos entre una base de usuarios más amplia, reduciendo así las tarifas y se difieran en el tiempo durante un lapso mayor –el del contrato- y que todos los usuarios del área exclusiva contribuyan a la financiación de las inversiones necesarias para que las personas de menores ingresos tengan acceso a los servicios públicos, esto es, que los costos de la expansión para llevar el servicio a los sectores marginales no recaiga exclusivamente sobre éstos.

12. Posteriormente, la Ley 632 de 2000, modificatoria de las Leyes 142 de 1994, 223 de 1995 y 286 de 1996, en lo relacionado con el servicio público domiciliario de aseo previó la conformación de áreas exclusivas, facultando discrecionalmente a los municipios y a los distritos para que, si así lo deciden, apliquen el esquema de libre competencia en algunos segmentos de este servicio –se destaca-:

*ARTICULO 9o. ESQUEMAS DE PRESTACION DEL SERVICIO PUBLICO DOMICILIARIO DE ASEO. Para la prestación de las actividades de recolección y transporte de los residuos ordinarios de grandes generadores, así como las de reciclaje, tratamiento, aprovechamiento, disposición final de los residuos y operación comercial, los municipios y distritos, responsables de asegurar su prestación, **podrán aplicar el esquema de la libre competencia y concurrencia de prestadores del servicio**, en los términos y condiciones que establezca el Gobierno Nacional.*

Para las actividades de recolección, transferencia y transporte de residuos generados por usuarios residenciales y pequeños productores, residuos patógenos y peligrosos, y para la limpieza integral de vías, áreas y elementos que componen el amoblamiento urbano público, los municipios y distritos deberán asegurar la prestación del servicio, para lo cual podrán asignar áreas de servicio exclusivo, mediante la celebración de contratos de concesión, previa la realización de licitación pública, procedimiento con el cual se garantizará la competencia.

13. El servicio de saneamiento ambiental, previsto en el artículo 40 de la Ley 142 de 1994, comprende el de aseo. Por tanto, esta norma también resulta aplicable para la conformación de las áreas de servicio exclusivo de que trata la Ley 632 de 2000.

Conforme al inciso 2º del artículo 9º de la Ley 632 de 2000, la conformación el área de servicio exclusivo está orientada a asegurar la prestación de las actividades de recolección, transferencia y transporte de residuos generados por usuarios residenciales y pequeños productores, residuos patógenos y peligrosos, y para la limpieza integral de vías, áreas y elementos que componen el amoblamiento urbano público, sin que ello signifique que éstos son los únicos usuarios que pueden quedar sujetos a la exclusividad.

Efectivamente, del hecho de que el área de servicio exclusivo esté orientada a garantizar la prestación del servicio solamente a unos usuarios, no puede

entenderse que solamente éstos y no todos los consumidores ubicados en el área puedan someterse a la exclusividad. El inciso 2º bajo estudio no establece ninguna limitación en tal sentido. Por el contrario, conforme al artículo 40 de la Ley 142 de 1994, debe entenderse que la regla general es que todos los usuarios deben quedar comprendidos en el área, como ya se expuso.

Ahora bien, el inciso primero del citado artículo 9º de la Ley 632 de 2000 autoriza a las autoridades municipales competentes para aplicar discrecionalmente el esquema de la libre competencia y concurrencia de prestadores del servicio, en los términos y condiciones que establezca el Gobierno Nacional, en las actividades de recolección y transporte de los residuos ordinarios de grandes generadores, así como las de reciclaje, tratamiento, aprovechamiento, disposición final de los residuos y operación comercial.

De esta regla no puede derivarse un derecho absoluto a libre competencia en estos segmentos del servicio de aseo, porque la norma lo sujeta a la decisión discrecional de las autoridades distritales o municipales competentes.

Y tampoco es posible entender que nunca se puedan incluir en el área de servicio exclusivo las actividades y usuarios que según esta norma pueden regirse por la libre competencia, porque el artículo 9º de la Ley 632 de 2000 no dispone que para ellos el servicio deberá prestarse en condiciones de libre competencia, sino que podrá ser así, cuando la autoridad municipal o distrital así competentes tomen la decisión en tal sentido.

Adicionalmente, si el área exclusiva tiene como fin asegurar la expansión y cobertura del servicio de aseo a todos usuarios los pequeños y de menores ingresos, la aplicación del principio de solidaridad exige i) que todos los costos de la expansión y mayor cobertura, a efectos de obtener una menor tarifa que posibilite el acceso a tales usuarios, se distribuyan entre el mayor número de usuarios, esto es, todos los del área, ii) que se establezcan tarifas diferenciales proporcionales a la capacidad de pago y iii) que todos los usuarios y no solamente los pequeños y de menores ingresos sufragen los

costos de la expansión de la cobertura, de tal manera que la prestación del servicio sea viable con tarifas bajas que permitan el acceso a los usuarios de menores ingresos.

Siendo así, resulta contrario al principio de solidaridad, previsto en el artículo 367 de la Constitución Política, prohibir que en el área de servicio se incluya la demanda de los grandes generadores, quienes, precisamente, en mayor medida ayudan a ampliar la base sobre la cual deben distribuirse los costos de la universalización del servicio y quienes, por tener mayor capacidad de pago, deben contribuir en una mayor medida a sufragar tales costos, como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional.

Así las cosas, conforme a los artículos 40 de la Ley 142 de 1994 y 7 de la Ley 286 de 1996 se entiende que el área de servicio exclusivo se establece con todos los usuarios ubicados en el área geográfica que la conforma, mientras que el artículo 9º de la ley 632 de 2000 autoriza para que las autoridades municipales y distritales, según su decisión discrecional, excluyan de la exclusividad las actividades de recolección y transporte de los residuos ordinarios de grandes generadores, así como las de reciclaje, tratamiento, aprovechamiento, disposición final de los residuos y operación comercial, para someterlos al régimen de libre competencia.

La discrecionalidad de la autoridad municipal o distrital, para establecer el área de servicio exclusivo incluyendo todos los usuarios ubicados en la zona geográfica o excluyendo a aquellos que legalmente pueden someterse a la libre competencia, está determinada por las necesidades financieras de la prestación del servicio, de tal manera que i) si la prestación del servicio es viable sin la constitución del área exclusiva, no puede establecerse dicho mecanismo; ii) si el área es viable financieramente solamente con las actividades de recolección, transferencia y transporte de residuos generados por usuarios residenciales y pequeños productores, residuos patógenos y peligrosos, y para la limpieza integral de vías, áreas y elementos que componen el amoblamiento urbano público, puede someterse a libre competencia las demás actividades y iii) si el área exclusiva solamente es viable incluyendo a todos los usuarios, la autoridad municipal o distrital debe hacerlo, porque sobre el ente territorial recae el deber de asegurar la

prestación de este servicio en los términos de los artículos 311 y 365 de la Constitución Política, 6º de la Ley 142 de 1994 y 9º de la Ley 632 de 2000.

14. En suma, la inclusión de las actividades de recolección y transporte de los residuos ordinarios de grandes generadores, así como las de reciclaje, tratamiento, aprovechamiento, disposición final de los residuos y operación comercial, en las áreas de servicio exclusivo para garantizar el servicio a los demás usuarios de la zona geográfica no es contraria a la Constitución Política ni al artículo 9º de la Ley 632 de 2000, sino que es una facultad que la ley otorga a las autoridades municipales y distritales competentes, para hacer efectivos los principios constitucionales de prestación eficiente a todos los habitantes y de solidaridad.

Fecha *ut supra*,

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO