

CONCEPTO 540 DE 2003

SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

2003-130

Bogotá, D.C.,

IVÁN ORTEGA N.

Gerente General

INGEAMBIENTE S.A. E.S.P.

Alto Bosque, Transversal 51 No.21B-155

Cartagena – Bolívar

Ref: Sus comunicaciones de septiembre y octubre de 2003.(1)

Se basa la consulta objeto de estudio en determinar si es posible que los usuarios del servicio de aseo escojan libremente el prestador del servicio, teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos [9.2](#) y [133.19](#) de la Ley 142 de 1994.

Las siguientes consideraciones se formulan con el alcance del artículo [25](#) del Código Contencioso Administrativo.

En atención a su consulta, esta Superintendencia sólo se pronunciará respecto de los puntos 5 y 6 de la misma, por ser lo de su competencia.

1 LIBERTAD DE COMPETENCIA EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS

El Constituyente de 1991 definió los servicios públicos como inherentes a la finalidad social del Estado y dispuso que los mismos podrán ser prestados por el Estado directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por particulares a través de tipos societarios (artículo [365](#) de la Constitución Política). Es decir, que los servicios públicos se prestan en régimen de competencia.

En lo que toca a la regulación, la Constitución Política le asigna al Presidente la función de expedir, con sujeción a la ley, las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios (artículo [370](#) Superior). Bajo esta premisa, cuando el Gobierno presentó el proyecto de ley al Congreso, el cual se convirtió en el actual régimen de los servicios públicos domiciliarios, dejó en claro que:

"La función reguladora no debe ser entendida como el ejercicio de un intervencionismo entorpecedor de la iniciativa empresarial. En su visión moderna, la regulación es una actividad estatal que fomenta la competencia en aquellas áreas donde existe y es factible; impide el abuso de posiciones de monopolio natural, donde esta es ineludible; desregula para eliminar barreras artificiales a la competencia y, finalmente, calibra las diversas áreas de un servicio para impedir prácticas discriminatorias o desleales para el competidor".(subrayas fuera de texto)

De suerte que, la Ley 142 de 1994 establece un sistema de regulación y control de las situaciones de monopolio en el mercado de los servicios públicos domiciliarios. En efecto, el artículo [73](#) *eiusdem* señala dentro de las funciones de las comisiones de regulación regular los monopolios en la prestación de los

servicios públicos, cuando la competencia no sea, de hecho, posible; y, en los demás casos, la de promover la competencia entre quienes presten servicios públicos, para que las operaciones de los monopolistas o de los competidores sean económicamente eficientes, no impliquen abuso de la posición dominante y produzcan servicios de calidad.

En este orden de ideas el régimen de los servicios públicos en sus niveles constitucional, legal y regulatorio se endereza a la promoción de la competencia dentro del marco del Estado Social de Derecho que califica esos servicios como inherentes a su finalidad social.(2)

Si bien la Constitución Política permite en sus artículos [365](#) y [366](#) la existencia de monopolios, queda en todo caso claro que son de carácter excepcional, puesto que la regla general es la libre competencia económica. Así lo expresa el profesor Hugo Palacios Mejía(3):

"Los empresarios tienen derecho a competir; pero, mas importante aún, los consumidores de bienes y servicios tienen derecho a que los empresarios compitan. Desde una perspectiva económica los principales beneficiarios de la competencia no son los empresarios (que, por virtud de la competencia, verán disminuir sus márgenes de utilidad), sino los usuarios, que tendrán acceso a bienes y servicios mas baratos, y la comunidad en general, que gracias a la competencia conseguirá que los recursos escasos de que dispone se asignen a los usos donde pueden ser más productivos"

Así las cosas, el principio general aplicable es el de la libre competencia, sin embargo de manera excepcional la Ley [142](#) de 1994 ha previsto las llamadas áreas de servicio exclusivo para los servicios de acueducto y alcantarillado, saneamiento ambiental, distribución domiciliaria de gas combustible por red y distribución domiciliaria de energía eléctrica, cuando existan motivos de interés social y que el fin sea que la cobertura de éstos específicos servicios se pueda extender a las personas de menores ingresos.

2 LIBRE ELECCIÓN DEL PRESTADOR

El derecho a la libre competencia debe tener como garantía la libre elección del prestador del servicio. En efecto, el numeral 9.2 del artículo [9](#) de la Ley 142 de 1994, dentro de los derechos de los usuarios, estableció la libre elección del prestador del servicio y del proveedor de los bienes necesarios para su obtención o utilización, norma concordante con el numeral 133.4 del artículo [133](#) de la Ley 142 de 1994 sobre presunción del abuso de la posición dominante.

Bajo estos dos supuestos, libertad de competencia y elección del prestador del servicio, descansa el régimen de los servicios públicos, los cuales sólo pierden vigencia de manera temporal por virtud de la declaratoria de un área de servicio exclusivo, de manera que estos dos principios no pueden ser desconocidos por las empresas de servicios públicos sin incurrir en violación de las normas sobre prácticas discriminatorias, abusivas o restrictivas de la libre competencia (Ley 142 de 1994, art. [34](#)).

3 REQUISITOS PARA EL CAMBIO DE PRESTADOR

De acuerdo con lo establecido en el artículo [123](#) del Decreto Reglamentario 1713 de 2002, para obtener la prestación del servicio de aseo basta que el usuario lo solicite y la persona prestadora esté en capacidad técnica de prestarlo.

Por otra parte, el mecanismo de desafiliación de un usuario deberá estar sujeto al cumplimiento de las cláusulas que sobre vigencia del contrato y terminación del mismo estén previstas en el Contrato de Condiciones Uniformes, el cual, en la mayoría de los casos indica que las partes podrán terminar por mutuo acuerdo el contrato dando un preaviso a la empresa prestadora con una antelación no superior a dos meses a la fecha en la que se desea dar por terminado el contrato.

A su vez, la empresa prestadora podrá exigir una constancia de que el suscriptor o usuario pasará a otro

sistema de recolección y manejo de residuos, así como que se encuentre al día en sus compromisos con el actual prestador, según lo señala el artículo [125](#) del mismo decreto.

4 VIGENCIA DEL CONTRATO DE SERVICIOS PÚBLICOS Y ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE

Se advierte que el contrato de servicios públicos de aseo puede celebrarse a término indefinido y en ningún caso la empresa, de conformidad con el artículo [133.19](#) de la Ley 142 de 1994, puede obligar al suscriptor o usuario a continuar con el contrato por más de dos años, o por un plazo superior al que autoricen las comisiones por vía general para los contratos con grandes suscriptores o usuarios, so pena de configurar una conducta de abuso de posición dominante. Por otra parte, las partes podrán darlo por terminado por las causales previstas en el contrato y/o en la ley.

En estas condiciones, se confirma el derecho que tiene todo usuario de elegir libremente el prestador del servicio, una vez reúna los requisitos necesarios para ser atendido por la empresa prestadora seleccionada.

Cordialmente,

MÓNICA HILARIÓN MADARIAGA

Jefe Oficina Asesora Jurídica

NOTAS DE PIE PÁGINA

1 Radicación SSPD 2003-529-055099-2, Reparto 1138 y Radicación SSPD 2003-529-059821-2, Reparto 1129. Radicación SSPD 2003-529-059263-2 (Delegada AAA)

Preparado por: Sandra Ramos Polanco – Asesora Oficina Jurídica.

TEMA: LIBRE ELECCIÓN DEL PRESTADOR-Derecho de los usuarios de servicios públicos

Ratificación Línea conceptual SSPD 20001300000428, SSPD 2002130000173.

LIBERTAD DE COMPETENCIA EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS- La Ley [142](#) de 1994 establece un sistema de libre competencia

Ratificación línea conceptual SSPD 2002130000173.

2 Según la Corte " Si el Estado no se encuentra en condiciones de prestar debidamente un servicio público que es esencial para la población, debe crear las condiciones para que o los particulares o las comunidades organizadas puedan prestarlo directamente" Ver: CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-570 del veintiséis (26) de octubre de 1992. Magistrado Ponente: Jaime Sanin Greiffenstein.

3 MEJIA PALACIOS, Hugo. El Derecho de los Servicios Públicos Domiciliarios. Ed. Derecho Vigente. Bogotá. 1999. Pág. 44.