

Libre Competencia y el servicio público de aseo: el caso de Yumbo y las razones por las cuales sería aconsejable restringir la libre competencia en este esquema.

Juan José Suarez Grajales

Pontificia Universidad Javeriana Cali

Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales

Carrera de Derecho

Directora: Estefanía Espinal Espinal

Santiago de Cali

2022

TÍTULO

Libre Competencia y el servicio público de aseo: el caso de Yumbo y las razones por las cuales sería aconsejable restringir la libre competencia en este esquema.

RESUMEN ABSTRACT

El presente trabajo sostiene que el esquema público de aseo en Colombia no debería operar sobre principios de Libre Competencia conforme el marco constitucional y legal. Para afirmar esto, se debe aclarar que el ordenamiento jurídico colombiano, regula dos tipos de regímenes para la prestación del servicio público de aseo por parte de empresas, uno que se denomina área exclusiva de servicio, donde no hay una competencia en el mercado puesto que solamente se permite la prestación del servicio por un operador; en contraposición, existe otro régimen llamado libre competencia, en el que cualquier operador de aseo, puede prestar su servicio en los municipios que permiten el desarrollo de la libre competencia. El presente texto se enfocará en este último régimen, estableciendo sus características y argumentado el por qué no debe permitirse la libre competencia, ya que en este régimen se desarrollan actividades de búsqueda de rentas.

Durante el desarrollo del texto se realizará un análisis detallado sobre algunas características que componen el esquema público de aseo en Colombia, focalizado en el caso del Municipio de Yumbo – Valle del Cauca, haciendo un análisis económico respecto a la libre competencia, con el fin de exponer las razones por las que se considera que no es un mercado eficiente y por el cual debe realizarse la intervención por parte del Estado.

Para argumentar que el mercado público de aseo en la modalidad de libre competencia no es eficiente, se explicará cómo los incentivos de los prestadores del servicio público de aseo en esta modalidad, se encuentran en la actividad de búsqueda de rentas y no en el desarrollo de su

objeto comercial, entendiendo esta actividad como el desarrollo de labores que tienen como fin, captar la mayor cantidad de usuarios posibles, independientemente de la prestación del servicio.

Contenido

1	INTRODUCCIÓN.....	2
2	Objetivo general.....	4
2.1	OBJETIVOS ESPECÍFICOS.....	4
3	Estado del arte	5
4	MARCO CONCEPTUAL	6
4.1	Libre competencia.....	7
4.2	Restricción a la libre competencia	8
4.3	Fallas de gobierno	9
4.4	Bienes públicos	10
4.5	Eficiencia en el Sentido de Pareto.....	10
4.6	Actividad de búsqueda de rentas	11
4.7	Monopolio natural	11
4.8	Barreras de entrada al mercado	12
5	Constitución Política de Colombia y orden económico	13
5.1	ESTADO COLOMBIANO Y MODELO ECONÓMICO.....	14
5.2	ESTADO COLOMBIANO Y LIBRE COMPETENCIA.....	16
6	Regulación de los servicios públicos domiciliarios en Colombia	17
6.1	Responsabilidad territorial sobre la prestación de servicios públicos domiciliarios	18
6.2	Personas facultadas para fungir como prestadores.	19
6.3	Servicio público de aseo.....	20
6.4	MARCO NORMATIVO ESQUEMA PÚBLICO DE ASEO	21
6.5	Componentes del servicio público de aseo	23
6.6	Áreas exclusivas de servicio y libre competencia	24
7	Libre competencia en el esquema público de aseo y fallos de gobierno	25
7.1	PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE ASEO EN MODALIDAD DE LIBRE COMPETENCIA.....	26
7.2	Características del servicio.....	26
7.3	ACTIVIDAD DE Búsqueda de rentas	28
8	Caso práctico Yumbo – Valle del Cauca	30
9	Conclusiones	33
10	Bibliografía	36

1 INTRODUCCIÓN

A partir de la apertura económica a inicios de la década de los años 90 y por medio de la Constitución Política de Colombia de 1991, las funciones del Estado cambiaron respecto al modelo económico y social; partiendo de esta coyuntura Colombia tiene un régimen constitucional que le permite a las empresas privadas desarrollar actividades que son fines del Estado. En el caso del presente texto donde nos adentramos en el servicio público de aseo, verificamos como las empresas privadas pueden participar como oferentes en el mercado de los servicios públicos domiciliarios y la importancia que se le brindo a la prestación de estos, como se menciona en la siguiente cita:

“No en vano la Constitución dedicó un apartado exclusivo a los servicios públicos (capítulo 5, Título XII), justamente teniendo en cuenta su notable incidencia en la calidad de vida y la dignidad de las personas, así como el importante rol que cumplen en el desarrollo económico de la sociedad. Dentro de ese marco constitucional, que es mucho más amplio, lo primero que hay que destacar es la consagración expresa de los servicios públicos como “inherentes a la finalidad social del Estado”, a quien le asignó la tarea de “asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional” (art. 365). Se caracterizan además porque efectivizan otros derechos como la dignidad, la igualdad y el libre desarrollo de la personalidad; tienen vocación de universalidad; pueden ser prestados por el Estado, de manera directa o indirecta, por intermedio de comunidades organizadas o por particulares; se consideran un asunto de Estado por cuanto se encuentran en la esfera de lo público ante la obligación que recae en él de asegurar su prestación eficiente” (Sentencia C - 172 , 2014)

De acuerdo con la anterior cita, encontramos la relevancia que tuvieron los servicios públicos domiciliarios para los constituyentes, quienes plasmaron en la carta magna un apartado para su prestación, buscando garantizar diversos derechos fundamentales. En esta búsqueda de prestación efectiva de servicios públicos domiciliarios, la Constitución permitió que tanto entidades públicas como particulares y empresas privadas, pudieran involucrarse para desarrollar esta actividad.

En este orden, las empresas privadas pueden hacer parte de la prestación de servicios públicos domiciliarios y este mercado, conforme lo estipula el ordenamiento jurídico, por regla general se desarrolla en libre competencia. Esto se establece en la ley 142 de 1994 en el artículo segundo numeral seis, el cual indica:

ARTÍCULO 2o. INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS.

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

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

(Ley 142, 1994)

También se verifica, conforme al régimen de servicios públicos domiciliarios que se encuentra regulado por la ley 142 de 1994, en el servicio de aseo se establece la modalidad de libre competencia;¹ en este mercado existe la posibilidad que uno o varios operadores puedan competir libremente, realizando la recolección de residuos sólidos de los usuarios residenciales, transportándolas en los vehículos recolectores determinados para este fin y depositarlos en los rellenos sanitarios

¹ Aunque existe la posibilidad de restringir la competencia en el mercado, desarrollando áreas exclusivas de servicio, cuando por motivos de interés general se pueda extender la cobertura de prestación de estos (Ley 142, 1994)

Sin embargo, en este mercado se establecen prácticas donde los operadores no tienen el incentivo de desarrollar su objeto comercial plenamente² sino que prevalece el incentivo de realizar actividades de búsqueda de rentas.

Esto se da porque las características del esquema público de aseo permiten concluir que estamos ante la falla de mercado denominada bienes públicos, puesto que nos encontramos ante un servicio que no puede realizar exclusión a los usuarios, lo cual debería implicar una intervención por parte del Estado ya que el mercado se convierte en ineficiente, además que trae consecuencias negativas para los consumidores y operadores del mercado, quienes deben soportar y asumir dicha ineficiencia.

2 OBJETIVOS

2.1 OBJETIVO GENERAL

Demostrar como el régimen de libre competencia en el servicio público de aseo, resulta ineficiente, pues el mercado no tiene las condiciones para ser competitivo; esto se hará realizando una caracterización del servicio público de aseo como bien público en Colombia, ilustrando a través de un caso práctico, para concluir si es necesario un régimen restringido para la prestación de este servicio público.

2.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Determinar cómo el ordenamiento jurídico colombiano, permite el desarrollo de la libre competencia en los mercados, mediante análisis normativo y jurisprudencial, para determinar como la libre competencia es un derecho colectivo que puede ser restringido por expresa determinación legal.

² Objeto comercial entendido como la recolección, transporte y disposición final de los residuos generados por los usuarios.

- Describir el régimen de servicios públicos en Colombia y las características del servicio público de aseo, mediante análisis doctrinal y jurisprudencial, para determinar que el servicio público de aseo tiene la característica de falla de mercado denominada bien público.
- Determinar por medio de análisis normativo cómo el régimen de libre competencia en el servicio público de aseo, no opera sobre principios de libre competencia puesto que este servicio es una falla de mercado, que conlleva a que los operadores del mercado tengan sus incentivos en actividades de búsqueda de rentas con el fin de concluir que este mercado debe restringirse de la libre competencia.
- Describir el caso práctico de Yumbo – Valle del Cauca y las consecuencias negativas que tuvo la transición de un régimen de área exclusiva de servicio a libre competencia, mediante análisis jurisprudencial, con el fin de concluir la conveniencia de mantener restricciones legales a la libre competencia en el servicio público de aseo.

3 ESTADO DEL ARTE

El presente trabajo de investigación se abordará bajo los estudios del concepto de libre competencia ya que este régimen es permitido en la prestación del servicio público de aseo y es la entidad territorial o la nación la encargada de decidir si permite un esquema de libre competencia en este servicio o establece otro régimen acorde a los objetivos y necesidades del territorio que le corresponde. Es decir, se debe escoger entre el esquema de libre competencia o si se escoge un área exclusiva de servicio o si la entidad decide prestar el servicio directamente. Se manifiesta que se traerá a colación el caso práctico del Municipio de Yumbo – Valle del Cauca, donde se realizó una transición de área exclusiva de servicio a libre competencia por lo que se hará constante mención a los municipios.

Se hará énfasis en el esquema público de aseo y la libre competencia, ya que el ordenamiento jurídico indica que los municipios, independiente del esquema de prestación de servicio que escojan para su territorio, siempre tienen la función de velar por la prestación eficiente del servicio público de aseo, pero si desean crear un área exclusiva de servicio³ o prestar el servicio de manera directa, deben realizar un estudio previo y una contratación, sea para buscar un operador del área exclusiva de servicio o comprar los equipos necesarios para prestar el servicio directamente.

Conforme con lo anterior, si el municipio desea crear un área exclusiva de servicio puede llevar a cabo una concesión ya que el servicio público de aseo tiene los elementos del contrato de concesión los cuales son: 1) remunerado, 2) debe existir una distribución de ingresos, 3) la propiedad y responsabilidad del servicio es del cedente y; 4) debe existir la posibilidad de reversión (Mena, 2021). Así mismo puede prestar el servicio directamente si la entidad territorial decide que las características son favorables en comparación con los otros regímenes

Por esta razón, a través del presente trabajo se pretende explicar las razones por las que no debería permitirse la libre competencia en el esquema público de aseo, y a futuro debería considerarse mantener áreas exclusivas de servicio o prestación directa por parte de la entidad territorial.

4 MARCO CONCEPTUAL

A lo largo del presente trabajo, se desarrollarán los siguientes conceptos: libre competencia, restricción a la libre competencia, fallas de gobierno, bienes públicos, eficiencia en el sentido de Pareto, barreras de mercado, actividad de búsqueda de rentas y monopolio natural; conceptos

³ Teniendo en cuenta que la regla general para los servicios públicos domiciliarios en Colombia es la libre competencia

que se consideran los más importantes durante el desarrollo del presente texto y que se definirán a continuación.

4.1 LIBRE COMPETENCIA

El concepto de libre competencia, dada su amplitud por las diversas corrientes o escuelas económicas existentes, será definida bajo la interpretación de la Corte Constitucional, con el fin de tener una definición cercana a nuestro texto constitucional; quien la define como:

“La libre competencia consiste en la facultad que tienen todos los empresarios de orientar sus esfuerzos, factores empresariales y de producción a la conquista de un mercado, en un marco de igualdad de condiciones y comprende, de conformidad con jurisprudencia constitucional, al menos tres prerrogativas: (i) la posibilidad de concurrir al mercado, (ii) la libertad de ofrecer las condiciones y ventajas comerciales que se estimen oportunas, y (iii) la posibilidad de contratar con cualquier consumidor o usuario.” (Sentencia C - 263, 2011)

Esta misma Corte indica, respecto a los consumidores lo siguiente:

“En este orden de ideas, esta libertad también es una garantía para los consumidores, quienes en virtud de ella pueden contratar con quien ofrezca las mejores condiciones dentro del marco de la ley y se benefician de las ventajas de la pluralidad de oferentes en términos de precio y calidad de los bienes y servicios, entre otros” (Sentencia C-032, 2017).

Conforme a las dos visiones citadas del concepto de libre competencia, se verifica que cuando se permite la libre competencia, se pretende proteger, por un lado, al consumidor, brindándole las mejores opciones de calidad versus precio; por otro lado, a los agentes participantes del mercado, a quienes se les garantiza actuar bajo los requisitos numerados en la sentencia C 263/

11 (anteriormente citados), así como al Estado propiamente dicho, quien obtendrá una eficiencia económica en su modelo económico.

Ahora bien, cuando se habla de libre competencia en el esquema público de aseo, se debe tener en cuenta estos requisitos por parte de los participantes del mercado *(i) la posibilidad de concurrir al mercado, (ii) la libertad de ofrecer las condiciones y ventajas comerciales que se estimen oportunas, y (iii) la posibilidad de contratar con cualquier consumidor o usuario.*” (Sentencia C - 263, 2011)

4.2 RESTRICCIÓN A LA LIBRE COMPETENCIA

En este apartado se debe indicar que las restricciones a la libre competencia, pueden ser tanto lícitas como ilícitas, entendiendo las primeras como resultado del orden constitucional que autoriza las restricciones a la libre competencia y a la iniciativa privada cuando esas se hagan por el interés común y social. Es importante precisar que estas restricciones solo pueden ser autorizadas por la ley conforme a lo estipulado por el artículo 333 de la constitución política de Colombia, como se indicará más adelante. Mientras que las restricciones ilícitas a la competencia, son aquellas actividades que, contrario a la ley, buscan restringir la competencia con el objetivo de obtener ventajas en el mercado, en deterioro de los intereses de sus competidores y de los consumidores. Respecto a la afirmación anterior, el Consejo de Estado indicó lo siguiente:

“La Constitución Política señala que la actividad económica y la iniciativa privada son libres, pero limitadas por el bien común. Complementariamente, reconoce que la libertad de empresa conlleva una responsabilidad social, esto es, si bien la libre competencia económica es un derecho, lo cierto es que sobrelleva responsabilidades frente a la sociedad en la que se desarrolla la actividad económica. Interesa resaltar que el Estado, por mandato de la ley, evitará la

obstrucción o la restricción de la libertad económica y evitará o controlará los abusos que pudieran cometer personas o empresas que gocen de posición dominante en el mercado nacional. Asimismo, el Estado es el encargado de delimitar el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación. El artículo 334 de la Constitución Política, por su parte, dice (...) La Constitución Política advierte que la dirección de la economía corresponde al Estado y, por ende, está obligado a intervenir para corregir las denominadas fallas del mercado, para garantizar principalmente el pleno empleo de las fuerzas económicas, la libre competencia de los concurrentes al mercado y el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes. En ese contexto normativo, debe concluirse que la libertad de empresa y la libre competencia no son absolutos, en tanto la Constitución Política los limitó en atención a la función social y ecológica que deben desarrollar los agentes económicos” (2017)

Conforme a la anterior cita, se confirma que las restricciones a la libre competencia no implican inmediatamente ilegalidad, puesto que el Estado colombiano está facultado para realizar restricciones a la competencia, cuando las características del mercado y por el bien común, le permitan concluir que la libre competencia no es deseable en determinado sector del mercado.

4.3 FALLAS DE GOBIERNO

Las fallas de gobierno se pueden definir como acciones u omisiones del Estado, cuyas consecuencias resultan ineficientes; una definición desarrollada por Anne O. Krueger⁴ en su texto *Fallas del Gobierno en el desarrollo*, traducido por Carlos Andrés Delvasto, manifiesta lo siguiente: *“Las fallas del Gobierno serían entonces la suma de acciones y fallas al actuar que*

⁴ La autora define las fallas de gobierno desde el concepto de eficiencia en el sentido de Pareto.

resultasen en una situación no tan óptima.” (Krueger, 2012).⁵ Este concepto será de utilidad para el texto porque el Estado puede tener fallas de gobierno por sus acciones u omisiones y como se analizará más adelante, el ordenamiento jurídico Colombiano ha establecido un marco regulatorio para la prestación del servicio público de aseo, que si se concluye que no está debidamente regulado, se convertirá en una falla de gobierno tanto por acción como por omisión. Falla de gobierno por acción, dado la facultad otorgada a los partícipes del mercado de competir sin certeras restricciones y falla de gobierno por omisión, por prescindir de una vigilancia estricta y restrictiva de este mercado.

4.4 BIENES PÚBLICOS

Los bienes públicos, se catalogan como una falla de mercado, en la cual los bienes tienen las características de ser no rivales y no exclusivos, es decir que no hay costo adicional si otra persona utiliza el bien, además es difícil o imposible evitar que otra persona haga uso de este, razón por la cual, estos bienes no los suministra el mercado o si este los suministrara lo haría de una manera ineficiente (Stiglitz, 2000).

Esta definición será de utilidad, puesto que se explicará como el servicio público de aseo tiene la característica de bien público, es decir se convierte en una falla de mercado, esta caracterización será apoyada por un concepto emitido por la Superintendencia de Industria y Comercio.

4.5 EFICIENCIA EN EL SENTIDO DE PARETO

La eficiencia en el sentido de Pareto, se define como:

⁵ Anne O. Krueger en su texto, acepta que esta definición trae dificultades puesto que cualquier falla del mercado en la que no hubiera intervención sería una falla de gobierno, además contempla la posibilidad de que la intervención del estado sería más ineficiente que permitir el desarrollo del mercado.

Las asignaciones de recursos que tienen la propiedad de que no es posible mejorar el bienestar de ninguna persona sin empeorar el de alguna otra, se dice que son eficientes en el sentido de Pareto u óptimas en el sentido de Pareto. La eficiencia en el sentido de Pareto es a lo que se refieren normalmente los economistas cuando hablan de eficiencia. (Stiglitz, 2000)

De acuerdo con lo anterior, se concluye que la definición de eficiencia en el sentido de tiene dos importantes componentes, el primero es que acepta las condiciones desiguales de los individuos, es decir, no parte ni pretende que todos los individuos sean iguales; y la segunda composición es que las decisiones que se tomen, para que sean consideradas eficientes, no pueden desmejorar la situación de estos individuos.

4.6 ACTIVIDAD DE BÚSQUEDA DE RENTAS

La actividad de búsqueda de rentas se entiende como aquella en la cual un proveedor de un bien o un servicio busca obtener utilidades, en procesos ajenos al intercambio comercial. Un ejemplo de búsqueda de rentas se refleja al momento en que una persona busca capturar derechos de propiedad del gobierno (Krueger, 2012).

Se utilizará el concepto de actividad de búsqueda de rentas, para explicar las consecuencias que se tienen al momento de permitir la libre competencia en el servicio público de aseo, dado que no es una situación deseable donde los operadores tienen sus incentivos en realizar actividades de búsqueda de rentas y no en realizar competencia en el mercado.

4.7 MONOPOLIO NATURAL

Andrés Pereyra de la facultad de Economía de la universidad de la República de Uruguay, en el texto Monopolio natural y regulación económica, señala que hay un monopolio natural cuando:

“(...) los costos de producción son tales que para los demandantes del mercado es más barato obtener la producción de una empresa que de muchas. En esta situación es óptimo desde el punto de vista de costos, de que exista una empresa que muchas” (Pereyra, 2002)

Thomas J. DiLorenzo en su libro El mito del monopolio natural, indica que:

“(...) emerge un monopolio natural cuando la tecnología de producción, como por ejemplo costos fijos elevados, provoca que los costos totales en el largo plazo declinen al aumentar la producción. En tales industrias, dice tal teoría, un solo productor eventualmente será capaz de producir a un costo más bajo que cualquier otro par de productores, por lo tanto creándose un monopolio “natural”. El resultado serán precios más altos si más de un productor sirve a ese mercado” (DiLorenzo, 1996)

En complemento con lo anterior, es posible decir que un monopolio natural es aquella situación de mercado en la cual los costes enterrados (Stiglitz, 2000) de ingreso son tan altos, que no es deseable que exista competencia, por lo que debería permitirse un solo agente del mercado para que este funcione de una manera deseable.

4.8 BARRERAS DE ENTRADA AL MERCADO

Las barreras de entrada al mercado, se definen como:

“(...) una condición que impone a un nuevo entrante costos de producción más altos que los soportados por las empresas que ya son participantes en el mercado (...) muchos de estos factores pueden ser dificultades comunes al inicio de cualquier emprendimiento, por lo que podrían considerarse barreras naturales para entrar al mercado. Sin embargo, algunas de estas complejidades pueden ser el resultado de prácticas anticompetitivas” (Temple, 2020)

Esta definición es importante, al momento de analizar el caso práctico del municipio de Yumbo - Valle del Cauca, puesto que puede concluirse que existieron barreras de entrada al momento de que nuevos competidores quisieron ingresar al mercado posterior a la culminación del área exclusiva de servicio, como se explicara mas adelante.

5 CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA Y ORDEN ECONÓMICO

El orden económico colombiano, es definido por la Corte Constitucional de la siguiente forma:

La noción de orden público económico hace referencia al sistema de organización y planificación general de la economía instituida en un país.(...) En el sistema político colombiano, el orden público económico se consolida sobre la base de un equilibrio entre la economía libre y de mercado, en la que participan activamente los sectores público, privado y externo, y la intervención estatal que busca mantener el orden y garantizar la equidad en las relaciones económicas, evitando los abusos y arbitrariedades que se puedan presentar en perjuicio de la comunidad, particularmente, de los sectores más débiles de la población. (Corte Constitucional, 1999)

Bajo este concepto otorgado por la Corte Constitucional, se establece que la libertad económica está garantizada por la Constitución Política de Colombia, siempre que esta libertad no afecte a los ciudadanos o a los entes que interactúan en ella. Por esta razón, el Estado Colombiano se reserva la facultad de intervenir o vigilar en ciertos sectores de la economía, con el fin de mantener el equilibrio que podría verse afectado en intercambios propios del libre mercado.

5.1 ESTADO COLOMBIANO Y MODELO ECONÓMICO

El modelo económico colombiano se encuentra regulado en el título XII de la Constitución Política de Colombia y establece un espacio intermedio entre un modelo económico liberal y un modelo intervencionista, tal como lo define en la revista de derecho del Estado Héctor Santaella Quintero:

“El resultado un sistema mixto en el cual es posible encontrar la regulación de temas variados como la propiedad privada, la libertad de empresa, la libre competencia económica, la libre iniciativa privada, la intervención del estado en la producción, distribución, utilización y consumo de bienes y servicios, la planificación económica, el régimen impositivo, presupuestal y de gasto público, entre otros. Lo anterior podría dar pie para acusar a la regulación prevista de presentar contradicciones internas insalvables. No obstante, al ser enmarcada dentro de un contexto más amplio, el estado social de Derecho, resulta coherente que en un mismo texto se conjuguen las libertades económicas y la intervención del Estado en la economía, pues con ello se garantizan que las primeras deberán ser siempre respetadas por las autoridades públicas, lo que significa que la actividad económica se desarrollara en el marco de una economía de mercado al tiempo que se habilita al estado para actuar como instrumento de justicia social, dejando a cargo la redistribución de la riqueza y de los recursos para corregir las desigualdades sociales, lo mismo que la preservación del mercado, debiendo entonces asumir la responsabilidad de velar por su conservación y buen funcionamiento” (Santaella Quintero, 2001)

En concordancia con lo anterior, se verifica como el estado colombiano a partir de la constitución de 1991 y de la proclamación como Estado social de Derecho⁶, determinó que el Estado colombiano debería tener una organización mixta, resultado de esto, encontramos un orden económico donde se garantiza la libertad económica pero el Estado vigila, regula e interviene cuando considere necesario hacerlo. Por lo tanto, podemos verificar como el Estado colombiano garantiza la propiedad privada y la libertad económica, pero se reserva el derecho a intervenir cuando la propiedad no esté cumpliendo la función social o cuando se pretenda garantizar el fin social sobre el individual.

Respecto al funcionamiento del mercado, es importante resaltar que la libre competencia es el eje principal del desarrollo de la economía en el intercambio de bienes y servicios, ya que corresponde a una garantía tanto para el consumidor como para el empresario, esto lo define la Corte Constitucional de la siguiente forma:

“se concibe a la libre competencia económica, como un derecho individual y a la vez colectivo (artículo 88 de la Constitución), cuya finalidad es alcanzar un estado de competencia real, libre y no falseada, que permita la obtención del lucro individual para el empresario, a la vez que genera beneficios para el consumidor con bienes y servicios de mejor calidad, con mayores garantías y a un precio real y justo.” (Sentencia, 2010)

En concordancia con lo anterior, se verifica la importancia de la libre competencia para la economía de mercado, situación que resulta como una garantía para los consumidores y para los empresarios, que es la base fundamental del desarrollo económico colombiano.

--

⁶ El Estado social de derecho se define como “(...) una forma de organización política que se caracteriza por la especial naturaleza de su misión: asegurar el respeto, la garantía y la realización integral de los derechos humanos, los cuales se convierten en el fundamento y la razón última de ser del Estado” (Bedoya, 2013)

Así mismo, se establece que existen ciertos bienes o servicios que el Estado colombiano se compromete a proveer, para el caso del presente texto, el servicio público de aseo es responsabilidad de los entes territoriales a nivel nacional, departamental y municipal quienes deben velar por su cumplimiento eficiente y verificar que existen las condiciones para la prestación del servicio. Esta facultad le permite determinar si en el territorio que les corresponde, puede existir una libre competencia para la prestación del servicio o si deben otorgar un área exclusiva de servicio o por el contrario el municipio debe hacer la recolección directa. Este tipo de decisiones, se fundamentan en el régimen mixto establecido en la Constitución Política de Colombia que permite la flexibilidad de decisiones para este sector.

Sin embargo, bajo el concepto que se argumenta en el presente texto, en el servicio público de aseo no debe existir la libre competencia, dado que es un servicio que no tiene las propiedades para que exista una competencia en el mercado porque la forma en que se presta el servicio y en la que se realiza el cobro, no incentiva a las empresas prestadoras a desarrollar el objeto contractual de manera adecuada, como se explicara más adelante.

5.2 ESTADO COLOMBIANO Y LIBRE COMPETENCIA

La libre competencia tiene su base constitucional en el artículo 333 de la constitución política de Colombia, el cual indica:

ARTICULO 333. La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

Este artículo debe interpretarse en concordancia con el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia, donde se manifiesta que la libre competencia es un derecho colectivo:

*ARTICULO 88. La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, **la libre competencia económica** y otros de similar naturaleza que se definen en ella.*

(Negrilla fuera de texto original)

De estos artículos se concluye que la libre competencia corresponde a la libertad de ofrecer bienes y servicios, el cual es un derecho que solo puede ser limitado por el interés común, cuando la ley lo permita y esta restricción sería considerada como lícita, como se indicó en el punto 4.2

Para el caso del presente texto, como se explicara en el siguiente punto, el servicio público de aseo se encuentra regulado a través de la ley 142 de 1994, donde se encuentra ante una regulación que responsabiliza a las entidades territoriales y a la nación por la prestación de este servicio en los territorios que les compete, sin embargo, por regla general se permite que exista un régimen de libre competencia a menos que la entidad responsable considere pertinente realizar la restricción de este régimen creando un área exclusiva de servicio o prestando el servicio directamente.

6 REGULACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS EN COLOMBIA

La prestación de servicios públicos domiciliarios en Colombia se encuentra regulado en la ley 142 de 1994, esta regulación se aplica para los servicios de acueducto, alcantarillado, energía eléctrica, gas natural, telefonía pública y aseo. Para el caso del presente texto, se hará el enfoque en el servicio público de aseo en la modalidad de libre competencia, teniendo en cuenta que existen tres tipos de modalidades de prestación del servicio público de aseo:

- A) Libre competencia: no existen restricciones para que las empresas que se constituyan como prestadoras de servicios públicos, puedan participar del mercado en el territorio y compitan con los demás operadores, como ocurre en los mercados privados.
- B) Área exclusiva de servicio: en esta modalidad el ente territorial concede a una empresa para que preste el servicio público y garantiza que no tendrá competidores durante un lapso determinado de tiempo.
- C) Prestación directa: previa verificación de condiciones técnicas y económicas, el ente territorial concluye que este servicio debe ser prestado directamente por él en su territorio, primando los intereses de los usuarios.

6.1 RESPONSABILIDAD TERRITORIAL SOBRE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS

El artículo 5 de la ley 142 de 1994, establece que los municipios son los encargados de la vigilancia de los operadores que realizan la prestación de los servicios públicos domiciliarios en sus territorios, esta responsabilidad implica que deben asegurar una prestación eficiente, realizar la organización territorial para prestar el servicio, así mismo deben otorgar subsidios a los usuarios con menores ingresos, realizar la estratificación de inmuebles residenciales y establecer una nomenclatura precisa que permita individualizar cada predio.

Respecto a los departamentos, el artículo 7 de la ley 142 de 1994 establece que deben asegurar las actividades de transmisión de energía eléctrica en su territorio, apoyar a las empresas de aseo que operen en su territorio o a los municipios que presten directamente los servicios públicos y realizar el apoyo a organizaciones de municipios para la prestación de servicios públicos.

Para la nación, la responsabilidad sobre los servicios públicos domiciliarios, se encuentra en el artículo 8 de la ley 142 de 1994, la cual establece que la nación es responsable sobre la interconexión nacional de energía eléctrica y la red de telecomunicaciones, así como el apoyo a

los municipios que presten directamente los servicios públicos domiciliarios o realizar la prestación directa cuando los municipios o departamentos no tengan las capacidades para prestar el servicio.

Se debe precisar que, para el presente texto, nos enfocaremos en la responsabilidad de los municipios, puesto que se traerá colación el caso práctico de Yumbo - Valle del Cauca, municipio donde hace unos años, se realizó la transición de área exclusiva de servicio a libre competencia en el servicio público de aseo.

6.2 PERSONAS FACULTADAS PARA FUNGIR COMO PRESTADORES.

La ley 142 de 1994 en el artículo 15 establece que los servicios públicos domiciliarios pueden ser prestados por:

15.1. Las empresas de servicios públicos.

15.2. Las personas naturales o jurídicas que produzcan para ellas mismas, o como consecuencia o complemento de su actividad principal, los bienes y servicios propios del objeto de las empresas de servicios públicos.

15.3. Los municipios cuando asuman en forma directa, a través de su administración central, la prestación de los servicios públicos, conforme a lo dispuesto en esta Ley.

15.4. Las organizaciones autorizadas conforme a esta Ley para prestar servicios públicos en municipios menores en zonas rurales y en áreas o zonas urbanas específicas.

15.5. Las entidades autorizadas para prestar servicios públicos durante los períodos de transición previstos en esta Ley.

15.6. Las entidades descentralizadas de cualquier orden territorial o nacional que al momento de expedirse esta Ley estén prestando cualquiera de los servicios públicos y se ajusten a lo establecido en el párrafo del artículo 17.

Conforme a este artículo, se establece que la regulación normativa, dada la importancia que tuvieron los servicios públicos para los constituyentes como se explicó anteriormente, permitió a un número plural de personas facultadas para participar de este mercado, con el fin de tener un mayor alcance en el territorio nacional para la prestación de estos servicios.

6.3 SERVICIO PÚBLICO DE ASEO

El servicio público de aseo es definido por la ley 142 de 1994 en el artículo 14.94 como:

el servicio de recolección municipal de residuos, principalmente sólidos. También se aplicará esta ley a las actividades complementarias de transporte, tratamiento, aprovechamiento y disposición final de tales residuos. Igualmente incluye, entre otras, las actividades complementarias de corte de césped y poda de árboles ubicados en las vías y áreas públicas; de lavado de estas áreas, transferencia, tratamiento y aprovechamiento.

Conforme a lo que se establece en este artículo, el servicio de aseo corresponde a la recolección, transporte y disposición de los residuos generados por los usuarios, sin embargo, este servicio se complementa con las actividades de corte de césped, poda de árboles, barrido y limpieza de áreas públicas.

De esta composición del servicio público de aseo, se establece que realmente la prestación se compone de las actividades de recolección, transporte y disposición de los residuos; mientras que las demás actividades como corte de césped, poda de árboles, limpieza de áreas públicas, no son un elemento esencial del servicio público de aseo. Es decir, que estas últimas actividades

así se cobren dentro de la tarifa de aseo, realmente no aplican para el servicio público de aseo y por esto la ley los cataloga como actividades complementarias.

Esa precisión es importante para la problemática que se cita en el presente texto porque estas actividades complementarias no permiten una libre competencia, sino que estipulan que debe existir acuerdos entre operadores y las entidades territoriales para la prestación de estas actividades, que no permiten una competencia en el mercado.

Esto se encuentra estipulado ordenamiento jurídico en el decreto 1713 de 2002, el cual indica que el usuario de estas actividades es el municipio o distrito quien está facultado para trasladar el costo a través de la tarifa del servicio público de aseo, además a través de la resolución 943 de 2021 que compila las resoluciones emitidas por la CRA referentes a la prestación de servicios públicos, se indica que se debe llegar a un acuerdo a través del plan integral de gestión de residuos sólidos (PIGRS) para que, en caso de que existan varios operadores, estos lleguen a un acuerdo en coordinación con la entidad territorial. Es decir, este acuerdo va en contravía del establecimiento de la libre competencia, ya que parte del cobro que realizaran los operadores, será fruto de acuerdo entre oferentes y no de la libre competencia.

6.4 MARCO NORMATIVO ESQUEMA PÚBLICO DE ASEO

El marco normativo para la prestación del servicio público de aseo, se establece de manera general en la ley 142 de 1994, que corresponde a la regulación general de los servicios públicos domiciliarios en Colombia.

En el decreto 1077 de 2015, se encuentra regulado el servicio público de aseo, exactamente la forma en la que se debe prestar el servicio. Este decreto que compila el decreto 2981 de 2013, establece el ámbito de aplicación, las personas y entidades a las que regula, los principios para la prestación del servicio y las actividades que se prestan de manera complementaria a la recolección de residuos.

De igual manera, se encuentra la resolución CRA 943 de 2021, emitida por la comisión de agua potable y saneamiento básico (CRA)⁷, mediante la cual se compila los decretos que regulan los métodos para establecer las tarifas y el cobro final a los usuarios del servicio público de aseo.

A continuación, una tabla que incluye la normatividad y su objeto para claridad:

TABLA 1

NORMATIVIDAD	OBJETO
Ley 142 de 1994	Establece el régimen general para la prestación de los servicios públicos domiciliarios
Decreto 1077 de 2015	A través de este decreto, se pretendió racionalizar y simplificar normas que se encontraban en diversos decretos, a través de la figura de la compilación. En este decreto se compila el decreto 2981 de 2013, en el cual se reglamenta el régimen para la prestación del servicio público de aseo, por lo cual se cita esta norma.
Resolución CRA 943 de 2021	Por medio de esta resolución, se realizó la compilación de normas referentes a la prestación del servicio de acueducto, alcantarillado y aseo. En este decreto, la comisión de regulación de agua potable y

⁷ La COMISIÓN DE REGULACIÓN DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BÁSICO “CRA” es una entidad del orden nacional que se encargada de dar las políticas para la prestación de servicios públicos domiciliarios, adscrita al ministerio de vivienda.

	saneamiento básico, estableció los métodos para establecer las tarifas por la prestación del servicio público de aseo y la metodología para establecer acuerdos entre operadores para la prestación de actividades complementarias
--	--

(Fuente propia)

6.5 COMPONENTES DEL SERVICIO PÚBLICO DE ASEO

El artículo 2.3.2.2.1.13 del decreto 1077 de 2015, establece las actividades que componen el servicio público de aseo, las cuales son las siguientes:

1. *Recolección.*
2. *Transporte.*
3. *Barrido, limpieza de vías y áreas públicas.*
4. *Corte de césped, poda de árboles en las vías y áreas públicas.*
5. *Transferencia.*
6. *Tratamiento.*
7. *Aprovechamiento.*
8. *Disposición final.*
9. *Lavado de áreas públicas.*

Conforme a lo anterior, se verifica que el servicio público de aseo domiciliario no se compone únicamente de la recolección, transporte y disposición final de los residuos, sino que se compone también de otras actividades como lo son barrido, limpieza de vías y áreas públicas, que como

se indicó en el punto 7, no permiten el desarrollo de una libre competencia porque estas actividades se desarrollan a través de acuerdos con operadores.

6.6 ÁREAS EXCLUSIVAS DE SERVICIO Y LIBRE COMPETENCIA

Primero se analizará las áreas exclusivas de servicio, que se encuentra definido en el artículo 40 de la ley 142 de 1994, donde se establece las áreas exclusivas de servicio en las siguientes palabras:

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”

Teniendo en cuenta este artículo, se puede verificar que las áreas exclusivas de servicio son la excepción al ámbito en el cual se desarrollara la prestación de los servicios públicos en Colombia, es decir, a la libre competencia, pues este régimen es la regla general mientras que las áreas exclusivas son la excepción. Por lo tanto, advertimos como las áreas exclusivas de servicio se convierten en una restricción legal de la competencia.

Respecto al concepto de libre competencia, debemos indicar que este régimen es la regla general en los servicios públicos domiciliarios en Colombia, como lo indica el artículo 2.3.2.2.1.11 del Decreto 1077 de 2015, el cual señala:

“Libre competencia en el servicio público de aseo y actividades complementarias. Salvo en los casos expresamente consagrados en la Constitución Política y en la ley, existe libertad de competencia en la prestación del servicio público de aseo y sus actividades complementarias, para lo cual, quienes deseen prestarlo deberán adoptar cualquiera de las formas señaladas en el artículo 15 de la Ley 142 de 1994.

Los prestadores del servicio público de aseo deben someterse a la competencia sin limitaciones de entrada de nuevos competidores, salvo por lo señalado por la Constitución Política, la Ley 142 de 1994 y el presente capítulo, de tal forma que se favorezca la calidad, la eficiencia y la continuidad en la prestación del servicio en los términos establecidos en la normatividad vigente sobre la materia.”

Por lo tanto, en los municipios donde existe libre competencia para la prestación del servicio público de aseo, cualquier entidad que se encuentre constituida para este fin, puede empezar a prestar su servicio en este municipio sin que por parte de los municipios se les pueda exigir otros requisitos o restringir su ingreso.

7 LIBRE COMPETENCIA EN EL ESQUEMA PÚBLICO DE ASEO

En el presente punto, verificaremos como el servicio público de aseo tiene las características del fallo del mercado denominado bien público y por esta razón, el Estado debería restringir la libre competencia.

7.1 PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE ASEO EN MODALIDAD DE LIBRE COMPETENCIA

El servicio público de aseo, conforme al decreto 1077 de 2015 en los artículos 2.3.2.2.2.21 y 2.3.2.2.2.22, indica a los usuarios que estos deben presentar los residuos a la empresa recolectora en las unidades de almacenamiento⁸ o en los andenes en el caso de los multiusuarios. Para la recolección, las empresas prestadoras del servicio realizan el recorrido en los carros recolectores y recogen los residuos de los usuarios que estos presentan conforme al presente decreto.

En el contexto anterior, si en un municipio o distrito concurren dos o más empresas prestadoras de servicio, estas deben realizar los mismos recorridos y recolectar los residuos a medida que los usuarios van realizando la disposición a lo largo del recorrido.

El problema cómo se está describiendo el servicio, es que las empresas recolectoras no tienen la manera de identificar si la basura que están recogiendo son de los usuarios que están suscritos a su empresa o no, sino que estos van realizando la recolección de los residuos a su paso puesto que la restricción a los usuarios que no son suscriptores sería un costo muy alto.

Esta situación es aceptada por la Superintendencia de Industria y Servicio como se explicará en el siguiente punto.

7.2 CARACTERÍSTICAS DEL SERVICIO

La Superintendencia de Industria y Comercio en la resolución 72072 de 2021, explica que el servicio público de aseo es posible cobrarlo con otros servicios públicos puesto que sus características lo hacen como un servicio que no es posible realizar la exclusión para los usuarios que no pagan la tarifa

⁸ La unidad de almacenamiento se define como aquella área que se dispone para almacenar los residuos por parte del usuario de manera temporal mientras el prestador del servicio realiza la recolección y transporte.

Para llevar a cabo la facturación conjunta se debe realizar un convenio entre empresas prestadoras de servicios públicos y, en el caso particular del servicio de aseo, las empresas de otros servicios públicos tienen el deber de prestar oportunamente el servicio de la facturación conjunta a los prestadores del servicio público de aseo³¹. Estos convenios de facturación conjunta permiten que las empresas del servicio público de aseo mantengan su viabilidad financiera, pues en el servicio de aseo no es procedente la suspensión teniendo en cuenta las siguientes razones:

1.Su carácter no excluible.

2.Este servicio no es individualizable.

3.El grave impacto sobre la salubridad pública de su no provisión.

Así, cuando se factura el servicio público de aseo conjuntamente con otro servicio público no es posible pagar por separado cada uno de estos servicios. En ese sentido, ante la potencial suspensión del otro servicio público, la facturación conjunta es fundamental para la prestación del servicio público de aseo porque le garantiza a las empresas prestadoras de este servicio el recaudo de la facturación.

(SIC , 2021)

De acuerdo con la cita anterior, vemos como el servicio público de aseo tiene las características de un bien público, es decir que no es excluible ni individualizable y, conociendo esta situación, el Estado permite que exista libre competencia para este servicio.

Es importante recordar que los bienes públicos son una falla de mercado⁹ y de acuerdo con el concepto Joseph Stiglitz, cuando nos encontramos frente a una falla de mercado el Estado tiene un argumento para intervenir en este mercado (Stiglitz, 2000).

7.3 ACTIVIDAD DE BÚSQUEDA DE RENTAS

De acuerdo con lo expuesto anteriormente, este punto será desarrollado desde la orilla de los prestadores del servicio público de aseo cuando desarrollan sus actividades en zonas con libre competencia.

La libre competencia en el servicio público de aseo implica que dos o más operadores de servicio realizan su recorrido por las mismas zonas, en las frecuencias establecidas por los municipios o distritos. Cuando realizan este recorrido, realizan la recolección de los residuos dejados por los usuarios en la infraestructura destinada para este fin (cajas de almacenamiento o andenes), durante este recorrido no es posible realizar la individualización de los clientes afiliados a cada una de las empresas que prestan el servicio, ya que si pretenden hacerlo se encontrarían frente a algunas de las siguientes situaciones:

- Si los operadores pretendieran realizar una individualización de los hogares que son suscriptores de su empresa y solo a estos realizar la recolección de los residuos, implicaría costos adicionales durante cada uno de los recorridos por la multiplicidad de hogares que pueden encontrarse en las calles de los municipios en los que prestan el servicio y esto retrasaría la prestación del servicio por la dificultad que tendrían los operadores al hacer el recorrido.
- Existe la posibilidad de que la infraestructura no sea utilizada por el usuario al que le corresponde, por ejemplo, un vecino puede colocar su basura en el andén de la casa

⁹ La falla de mercado se define como aquellas situaciones en las que el mecanismo del mercado no puede funcionar adecuadamente (Rodríguez, 2013), otra definición indica que existe falla de mercado cuando este no es eficiente en el sentido de Pareto (Stiglitz, 2000)

contigua a su predio, que es suscriptora de una empresa diferente a la que él es afiliado y la empresa prestadora del servicio no podría prohibir esta situación.

Contemplando estas situaciones como ejemplo, vemos como los operadores se encuentran ante un mercado que no retribuye directamente el servicio que presta porque la cantidad de basura recolectada no garantiza un ingreso proporcional a las empresas, puesto que, pueden estar recogiendo residuos de usuarios que no están suscritos a su entidad y que no retribuirán este servicio.

Lo anterior implica que las empresas prestadoras del servicio público de aseo deben buscar garantizar la obtención de un ingreso para que su actividad sea sostenible y este solo se retribuirá buscando que su empresa tenga determinada cantidad de suscriptores o la mayor cantidad de suscriptores posibles, ya que la cantidad de residuos recolectados no implica que estos serán cobrados a los usuarios porque de acuerdo a la regulación para establecer la tarifa, esta tiene un precio máximo que debe cobrarse por suscriptor y esta tarifa no puede superarse.

Por ejemplo, una empresa prestadora del servicio público de aseo puede recolectar el 60% del total de los residuos generados en un municipio, pero si sus suscriptores corresponden al 40% del total de suscriptores del municipio, solo podrá realizar el cobro a este 40% y se debe tener en cuenta que a este porcentaje de suscriptores no puede cobrarle la recolección total de la empresa, sino que debe cobrarle la tarifa por suscriptor total del municipio

De acuerdo con lo anterior, los operadores se encuentran frente a una situación en la que, si pretenden desarrollar su objeto comercial, no necesariamente van a recibir la retribución por este servicio pues las características del sector le impiden tener esta certeza, por lo que se incentiva a la búsqueda de ingresos constante a través de otros medios, que el presente texto concluye que esta conducta se denomina actividad de búsqueda de rentas.

8 CASO PRÁCTICO YUMBO – VALLE DEL CAUCA

El presente punto se basará en lo establecido en la Resolución núm. 72072 de 2021 de la Superintendencia de Industria y Comercio, por la cual se abre investigación a la empresa Yumbo Limpio y la alcaldía municipal de Yumbo, por presuntamente infringir el artículo 1 de la ley 155 de 1959; el cual establece una prohibición general que busca proteger la libre competencia. Conforme a esta prohibición contrastada con las conductas de las entidades ya mencionadas y sus representantes, se abrió investigación por los siguientes hechos:

En el municipio de Yumbo (Valle del Cauca), desde el año 2011 al año 2019, se estableció un área exclusiva en el servicio público de aseo. Esta área exclusiva de servicio era operada por la empresa Servigenerales (hoy Urbaser), la cual presto el servicio durante el tiempo estipulado.

A mediados del año 2019, previo a la culminación de la vigencia del área exclusiva de servicio, la Alcaldía Municipal de Yumbo abrió una licitación con el fin de crear una empresa de carácter mixto, para realizar la prestación del servicio público de aseo en Yumbo, licitación que culminó con la creación de la empresa Yumbo Limpio, constituida con recursos públicos y privados.

La alcaldía municipal de Yumbo aceptaba la culminación del área exclusiva de servicio y era de su conocimiento el inicio del régimen de libre competencia en el municipio de Yumbo, con los operadores que estuvieran interesados en prestar el servicio.

Sin embargo, previo a la culminación del área exclusiva de servicio, la alcaldía de Yumbo solicitó la totalidad de la base de datos de los clientes que estaban afiliados a Servigenerales y esta base de datos terminó siendo utilizada por la empresa Yumbo Limpio, tomando los clientes y haciéndolos como afiliados de esta última, presuntamente desconociendo el proceso de desvinculación y afiliación establecido en el Decreto 1077 de 2015.

Con esta afiliación unilateral, la empresa Yumbo Limpio comunicó a EMCALI¹⁰, que la totalidad del recaudo del servicio público de aseo sería para su empresa puesto que, según afirmaban, la mayoría de clientes del servicio público de aseo en el municipio de Yumbo estaban a su cargo.

Esto desencadenó una multiplicidad de quejas por parte de usuarios, dado que se realizó una transferencia unilateral; sin consultar la voluntad de los usuarios, como lo establece el régimen del servicio público de aseo, donde se indica que el usuario puede escoger la empresa que desee para que le preste el servicio y la condición para el retiro de una empresa, es que el usuario debe tener la afiliación previa a otra empresa, ya que todas las unidades residenciales deben pagar por este servicio.

En este caso, hay un desconocimiento del proceso de vinculación y desvinculación por parte de esta última empresa, dado que no medio la voluntad de los usuarios y a esto se le suman las siguientes situaciones, en las que no todas las personas estarán conformes:

- 1) El usuario que no desea que la empresa Yumbo Limpio le preste el servicio, se verá obligado a pagarle puesto que, como ya se explicó, el servicio público de aseo en Yumbo debe pagarse conjuntamente con la factura de Emcali, y si no se paga, se corre el riesgo de suspensión del servicio por parte de este último.
- 2) Hay una inexistencia de los contratos de condiciones uniformes, es decir, la empresa Yumbo Limpio al tomar unilateralmente la base de datos de la empresa Servigenerales (Hoy Urbaser), no firmó los contratos de condiciones uniformes necesarios para la prestación de los servicios públicos en Colombia.
- 3) Los usuarios que deseen que el servicio de aseo sea prestado por la empresa Urbaser, deben solicitar una nueva vinculación a esta última empresa y firmar el contrato de condiciones uniformes; posterior deben acercarse a Yumbo Limpio y solicitar la

¹⁰ El servicio de aseo en el municipio de Yumbo, conforme a la resolución 72072 de 2021, en su mayoría se cobra en la factura de EMCALI que presta el servicio de acueducto y energía en gran parte del municipio.

desvinculación con dos meses de anticipación. Es decir, por parte de esta empresa se están interponiendo barreras para la libre vinculación y desvinculación de los operadores de aseo que, si bien están establecidos por la ley, no debieron ocurrir siguiendo el estado en que debió manejarse el servicio por parte del municipio y la empresa entrante.

- 4) La empresa Urbaser, al verse afectada por la transferencia unilateral de usuarios por parte de Yumbo Limpio, procedió a realizar su facturación de manera individual en los predios que reclama como usuarios propios, dándose la doble facturación por el mismo servicio, situación expresamente prohibida por el ordenamiento jurídico colombiano.

De acuerdo con los hechos narrados y las múltiples quejas escaladas, la Superintendencia de Industria y Comercio estableció razones fundamentadas para iniciar investigación contra Yumbo Limpio y la alcaldía municipal de Yumbo por actividades contrarias a la libre competencia, entre otras, por tomar usuarios que no estaban suscritos a su empresa y empezar a realizar el cobro a su favor, desconociendo los contratos de condiciones uniformes, adicional que estos usuarios estaban suscritos con Servigenerales (hoy Urbaser) y no realizaron el proceso de desafiliación de esta empresa para vincularse a Yumbo Limpio.

Algo que debe resaltarse en este caso y es la razón por la que es importante para este texto es que el debate entre las empresas recae sobre la pertenencia de los usuarios que se encuentran suscritos a sus empresas y sobre el proceso de vinculación y desvinculación de estos, sin embargo, no se está tocando el servicio ofrecido por las entidades ni la cantidad de residuos que cada una de las empresas está recolectando actualmente.

Esto como se explicó en el punto 8.3, se da porque las empresas necesitan personas a quien cobrarle y al ser un servicio en el que no se individualiza los residuos recolectados, para saber que predio los genero, la cantidad y el precio individual por residuo verdaderamente generado, los operadores de aseo necesitan tener una base de usuarios a quien cobrarle el servicio y esto solo se da a través de la afiliación a sus empresas.

Por lo tanto, se está dejando a un lado la competencia en el mercado y los prestadores del servicio público de aseo deben empezar a realizar este tipo de actividades, como la que llevo a iniciar una investigación por parte de la SIC¹¹ a la alcaldía municipal de Yumbo y a la empresa Yumbo Limpio, porque sus acciones presuntamente buscaron beneficiarse a través de la posición de la alcaldía, para maximizar sus ganancias. Actividades que empezaron a desarrollarse desde antes del inicio de la prestación del servicio porque se concluye que el ingreso para esta actividad viene desde la cantidad de suscriptores y no de la calidad y eficiencia en el servicio prestado.

9 CONCLUSIONES

Las presentes conclusiones estarán encaminadas a concluir que el servicio público de aseo domiciliario en la modalidad de libre competencia no es pertinente ya que nos encontramos frente a un mercado que por sus características debe ser prestado por un solo operador, pues hacerlo de otra forma implicaría una ineficiencia para el mercado, un inconveniente para los consumidores y retrocesos para el Estado mismo, debido a la complejidad que implica su prestación por dos o más agentes del mercado. De manera específica se concluye que:

PRIMERO: La constitución política de Colombia, en el desarrollo del modelo económico colombiano, se basa en la libre competencia como eje fundamental de la economía del mercado, cuyo desarrollo se convierte en una garantía individual y colectiva para los consumidores y empresario, por lo cual es concebido como un derecho.

SEGUNDO: Los servicios públicos en Colombia son de gran importancia en el contexto constitucional puesto que, a través de la prestación efectiva de estos, se busca garantizar derechos fundamentales de los ciudadanos.

¹¹ Superintendencia de Industria y Comercio

En este orden, se verificó como el servicio público de aseo permite el desarrollo de diversos regímenes entre los que se encuentra el de libre competencia, como una forma de prestación del servicio.

TERCERO: El servicio público de aseo en Colombia tiene las características de falla de mercado denominada bien público, puesto que es un servicio que no puede excluir las personas que no pagan por el servicio y por esta razón se busca que el servicio se cobre de manera conjunta con otros servicios como el acueducto o energía que si permiten la individualización y la exclusión a los usuarios que no pagan por el servicio.

Esta falla de mercado implica que cuando se desarrolla la libre competencia, las empresas se ven incentivadas a actividades de búsqueda de rentas buscando captar la mayor cantidad de usuarios posible para que su actividad sea rentable ya que prestar directamente el servicio no les garantizara el retorno deseado para cualquier empresa que pretenda ser sostenible.

CUARTO: El caso práctico de Yumbo - Valle del Cauca, es un ejemplo concreto de situaciones que no son deseables para la prestación del servicio público de aseo en régimen de libre competencia, por lo que se sugiere que esta debería ser restringida, ya que va en contravía del interés colectivo.

QUINTO: A pesar de que la libre competencia es un derecho que busca proteger tanto a los consumidores como a los oferentes de bienes y servicios, hay mercados en las que la que no es deseable que se permita, porque sus características hacen que los intereses de los participantes del mercado se vean afectados, como ocurre en las fallas de mercado.

En este orden, como el servicio público de aseo tiene características de ser una falla de mercado denominada bien público, es aconsejable no permitir que exista libre competencia en este servicio público, toda vez que los consumidores se verán afectados por los productores, al

momento en que estos realicen actividades de búsqueda de rentas buscando garantizar la sostenibilidad de sus empresas.

10 BIBLIOGRAFÍA

17001-23-31-000-2012-00191-01 (Consejo de Estado 12 de Octubre de 2017).

Alfonso Leal, R. C. (2018). *LIBRE COMPETENCIA Y RECICLAJE EN BOGOTA*. Bogota: Universidad Distrital Francisco Jose de Caldas.

Bedoya, C. A. (2013). *¿Qué es el Estado social y democratico de derecho?* Bogota: Defensoría del Pueblo.

Cooter, R. D., & Ulen, T. (2016). *Derecho y economía*. Ciudad de Mexico: Fondo de Cultura Economica.

Corte Constitucional, C-083/99 (Corte Constitucional 17 de Febrero de 1999).

DiLorenzo, T. J. (1996). El Mito del Monopolio Natural. *The Review of Austrian Economics*, 43-58.

Krueger, A. O. (2012). Fallas de Gobierno en el Desarrollo. *Criterio Juridico*, 215 - 240.

Ley 142 (Senado de la Republica 11 de Julio de 1994).

Mena, J. M. (2021). *Regimen de la Contratación Estatal. Un salto a la contratación liquida*. Medellin: Dike.

Pereyra, A. (2002). Monopolio natural y regulación economica. *Microeconomia avanzada*, 1-22.

Santaella Quintero, H. (2001). El modelo economico en la Constitucion de 1991 . *Revista Derecho del Estado*, 85-93.

Sentencia C - 172 , Sentencia C-172/14 (Corte Constitucional 19 de Marzo de 2014).

Sentencia C - 263 (Corte Constitucional 6 de Abril de 2011).

Sentencia C-032 (Corte Constitucional 25 de Enero de 2017).

SIC , Resolución Número 72072 de 2021 (Superintendencia de Industria y Comercio 9 de Noviembre de 2021).

Stiglitz, J. E. (2000). *La economía del sector publico*. Barcelona: Antoni Bosch.