

LA LIBRE COMPETENCIA EN LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS  
A PARTIR DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991

AURA PATRICIA LARA OJEDA



UNIVERSIDAD LA GRAN COLOMBIA  
FACULTAD DE DERECHO CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES  
PROGRAMA ACADÉMICO: MAESTRÍA EN DERECHO  
BOGOTÁ

2020

La libre Competencia en la Prestación de los Servicios Públicos  
a partir de la constitución política de 1991

Aura Patricia Lara Ojeda

Trabajo de Grado presentado como requisito para optar al título de la Magister en Derecho

José Ignacio González Buitrago  
Tutor



Universidad La Gran Colombia

Facultad de Derecho ciencias políticas y sociales

Maestría en Derecho

Bogotá

**Tabla de contenido**

Resumen .....	6
Abstract .....	7
Introducción .....	8
Estructura del Documento.....	12
Aspectos Metodológicos .....	14
Capítulo I.....	15
Antecedentes del paso del Estado de Bienestar al giro neoliberal .....	15
1.1 Orígenes del Estado de Bienestar y su transformación.....	15
1.1.1 Movimientos históricos previos a la creación del Estado de Bienestar.....	18
1.1.2 La Gran depresión y Orígenes del Estado de Bienestar .....	18
1.1.3 Boom de la década de 1920.....	20
1.1.4 Crack del 29 y Gran Depresión .....	21
1.1.5 Años 1932 y Las Respuestas a la Gran Depresión .....	23
1.1.6 Creación del Estado de Bienestar .....	25
1.1.7. Estado de Bienestar europeo .....	26
1.1.8. Estado de Bienestar Americano .....	29
1.2. Servicios públicos representativos en Estados Unidos de América y Colombia. ....	32
1.2.1. Sector energético en Estados Unidos. ....	32

# LA LIBRE COMPETENCIA EN LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

1.2.2. Sector Energético en Colombia.....	4 34
Capítulo II .....	36
Giro neoliberal, causas y consecuencias. ....	36
2.1. Crisis de la deuda .....	37
2.2. Banco Mundial y Fondo Monetario .....	38
Capítulo III.....	44
Servicios Públicos en Colombia .....	44
3.1. Antecedentes de la evolución de la prestación de los Servicios Públicos .....	44
3.2. Transformación del modelo de Servicios Públicos en Colombia. ....	46
3.3. Jurisprudencia de las Altas Cortes .....	52
3.3.1. Corte Constitucional.....	52
3.3.2 Consejo de Estado .....	60
3.4. Regulación de los servicios domiciliarios. ....	61
3.5. Caso del modelo de recolección de basuras - alcaldía Gustavo Petro .....	66
3.5.1. Análisis de la sentencia del Juzgado Tercer Administrativo.....	70
3.5.1.1. Hechos relevantes .....	71
3.5.1.2. Aspecto jurídico considerado .....	72
3.5.1.3. Problema jurídico.....	74
3.5.1.4. Postura Jurídica del Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Bogotá. Sección Primera.....	74

# LA LIBRE COMPETENCIA EN LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

5

3.5.2. Actuaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio ..... 77

Conclusiones y Recomendaciones ..... 81

Lista de Referencia..... 87

## Resumen

El presente trabajo de investigación establece una comparación entre las transformaciones que han sufrido los Estados en diferentes países con las presentadas en Colombia, en un modelo económico neoliberal, y en el que el Estado social de derecho, en la prestación de los servicios públicos, puede verse estrangulado por aquel. Con tal propósito, se tuvieron en cuenta los análisis de algunos modelos económicos hechos por autores nacionales y extranjeros; se revisaron las decisiones de las diferentes cortes y se realizó un estudio sistemático de la Constitución Política de Colombia y la ley, respecto del tema.

Así mismo, se analizaron los orígenes del Estado de bienestar como consecuencia de la Gran Depresión y una población que exigió mayores garantías y protección del Estado, haciendo tránsito de la economía clásica liberal a la Keynesiana, lo cual dejó de lado a los individuos y sus empresas como únicos agentes económicos, para que el Estado interviniese en el mercado.

### **Palabras claves:**

Estado de Bienestar, Giro Neoliberal del Estado, Libre Competencia, Estado Social de Derecho, Servicios Públicos.

## Abstract

The present work studies the transformation that has suffered the State in different countries, doing a comparison with Colombia, in an economic neoliberal model, when the social State of law, in the provision of the public services, can be strangled by that one. With such an intention, there will be mentioned the analyses of the different economic models, done by national and foreign authors; as well as, the different courts will be analyzed and there will be done a systematic study of the Political Constitution of Colombia and the law.

The origins of the welfare state as a result of the Great Depression and a population that demands greater guarantees and protection of the State are analyzed, the transition from the classical liberal economy to the Keynesian is shown, leaving individuals and their companies aside as unique economic agents, the State intervenes in the market.

### **Keywords:**

Welfare state, neoliberal turn, competition free, social State of law, public services

## Introducción

La actividad económica e iniciativa privada tiene sus raíces en la teoría neoclásica de la economía, abanderada en el libre mercado para la prestación de servicios públicos de toda índole, incluidos los públicos domiciliarios. De allí, que para entender cómo funcionan, se requiere de un recuento histórico, que contextualiza los orígenes del Estado de bienestar de diferentes países y el giro neoliberal que se presentó, entendiendo sus consecuencias; para luego asumir el estudio de la prestación de servicios públicos en Colombia, desde sus inicios, sus transformaciones y la interpretación realizada sobre el tema de servicios públicos domiciliarios por la Corte Constitucional, como máxima autoridad para interpretar la Constitución y del Consejo de Estado.

Para aproximarse al análisis jurisprudencial, se tomó como guía básica el trabajo del profesor antioqueño Carlos Alberto Atehortúa, reconocido experto en la teoría de los servicios públicos en el país, quien realizó un recorrido detallado de las sentencias más importantes relacionadas con el tema de la investigación, proferidas por las altas Cortes. De acuerdo con este tratadista, la Constitución Política de 1991, en sus artículos 365 y 366, concibe los servicios públicos como una de las formas para alcanzar a plenitud con la finalidad social del Estado, consistente en buscar el mayor bienestar para la población y con ello elevar la calidad de vida del pueblo Colombiano. Por su parte, el artículo 333 Constitución Política contempla la libre competencia, en atención a la actividad económica que permite la participación de inversionistas privados en la oferta de servicios públicos.

De otra parte, la presente investigación se centra en dos líneas, una relacionada con la económica, que se hace presente en el principio de la libre competencia, que concibe al usuario

como un receptor o consumidor de servicios públicos. Y a una segunda línea que se ubica en el derecho constitucional, por cuanto concibe la libre competencia, como un derecho subjetivo que cumple una función social.

Las posturas anunciadas con antelación, generan una tensión, en cuyo escenario se ubica, de un lado la aplicación del derecho a la iniciativa privada y de libertad de empresa en términos totalmente libres de mercantilización de los servicios, y de otro, la imposición de límites por parte de la autoridad administrativa, en ejercicio de su función estatal para garantizar tanto las necesidades básicas de los usuarios menos favorecidos así como las acciones afirmativas tendientes a incorporar dentro del esquema empresarial, a la población marginada.

La postura que se argumenta a favor de la protección de la iniciativa privada se enmarca en la teoría neo-clásica de la economía, que pregona las bondades del mercado para la prestación de los diferentes servicios. Esta tesis se funda principalmente en la crítica realizada por Hayek (1960) a la economía Keynesiana. De igual manera, esta postura se ve influenciada por la segunda era constitucional estadounidense, o era Lochner, ya que durante este período la Corte Suprema de los Estados Unidos y varias cortes estatales suspendieron, revocaron o declararon inconstitucionales ciertas leyes, debido a su interferencia con el derecho al libre contrato.

La segunda postura, está respaldada por la creación del Estado de bienestar, el cual como su nombre lo indica, tiene como razón de ser, aumentar el bienestar de sus habitantes, ya sea de forma interventora o directa. Esta segunda postura ha sido reforzada en Colombia por las distintas sentencias de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, en el sentido que para estas corporaciones, el derecho a la libre empresa está supeditado a su función social,

## **LA LIBRE COMPETENCIA EN LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS**

10

interpretación de la que algunas veces se apartan las autoridades de vigilancia y control, tales como las superintendencias.

De acuerdo a lo anterior, la investigación busca responder a la siguiente disyuntiva:

¿Adopta la autoridad administrativa conductas anticompetitivas cuando impone límites a la libre competencia en la prestación de servicios públicos domiciliarios?

## Objetivo

### Objetivo General

Determinar el impacto de las posibles limitaciones que impone la autoridad administrativa respecto de la libre competencia en la prestación de servicios públicos domiciliarios.

### Objetivos Específicos

- a) Analizar los roles de las autoridades administrativas respecto de la libre competencia en los servicios públicos domiciliarios.
- b) Relacionar la disyuntiva entre el Estado de bienestar, Estado social de derecho y los servicios públicos, para resaltar la relación entre la libre competencia y los servicios públicos domiciliarios y
- c) Identificar los antecedentes globales y locales sobre la intervención de las autoridades estatales en la prestación de los servicios públicos, para comprender la transformación de los servicios públicos en Colombia.

## Estructura del Documento

De acuerdo a lo anterior el presente trabajo se estructura en tres capítulos, el primero establece los antecedentes, en los cuales se transita desde un Estado benefactor al giro neoliberal y la influencia de las economías capitalistas; en este primer bloque se establecieron las diferencias fundamentales de los dos sistemas y cómo el Estado, pensado en principio como una máquina reguladora a la que con el tiempo le sobrevinieron exigencias sociales que conllevaron a su transformación en cuanto a de las funciones estatales, cambiando, de garante a supervisor y luego a protector. Se reflexionó en cómo el modelo Neoliberal americano apunta al debilitamiento del Estado de bienestar, en la medida en que obstaculiza las libertades civiles del individuo. Mientras en el modelo europeo el Estado tiene una injerencia directa en el desarrollo de la economía, a tal punto que la provisión de servicios públicos es una de sus mayores responsabilidades.

En el segundo capítulo se explican las causas y consecuencias del giro neo-liberal, en aspectos de política pública, desarrollo económico y crecimiento de la desigualdad. Así, por ejemplo, En la década de 1970, se evidenció el excesivo gasto de los gobiernos y una fuerte tendencia a retomar la doctrina liberal, postura asumida por Estados Unidos e Inglaterra, que limitó la intervención del Estado en la economía, lo cual tuvo incidencia en la Corte Suprema Norte Americana, que se oponía a la regulación de empresas por considerar que vulneraba principios constitucionales, dándole un peso principal a la libertad de los contratos. Los más fuertes impulsores del giro neo liberal, fueron Ronald Reagan y Margaret Thatcher.

En Colombia, para la referida época las entidades gubernamentales decidieron invertir más recursos al pago de la deuda que a la provisión de servicios públicos; para los años 1960 a 1970, las empresas públicas aumentaron la capacidad productiva con el apoyo del Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo, pero el verdadero costo de los créditos se reflejaba en seguir los lineamientos de los bancos. Ya para la década de 1980, se incrementó el tamaño de la deuda y con ellos las tarifas de los servicios públicos para asegurar la sostenibilidad de las empresas. En 1986, el gobierno colombiano estableció las tarifas energéticas tomando como punto de referencia los costos marginales a largo plazo y los subsidios, basado en la estratificación. Para 1986 se incrementaron las tarifas de la energía, lo que generó la inconformidad de la población respecto a las recomendaciones del Banco Mundial.

En el tercer capítulo se estudia, la prestación de servicios públicos en Colombia y en la región, a través de la historia, desde su concepción hasta la actualidad. Se pretende establecer las consecuencias locales del giro neo liberal y las particularidades del modelo, así como las repercusiones que en materia de servicios públicos surgieron de las recomendaciones proferidas por instituciones como el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional, quienes abogaban por una disminución fuerte del gasto público a mediados de 1980. Tomando como ejemplos el manejo de residuos sólidos y el agua potable. De igual manera se hizo un análisis de la Ley 142 de 1994 y la jurisprudencia de la Corte Constitucional para poder sopesar los dos principios encontrados.

**Aspectos Metodológicos**

Con relación a los aspectos metodológicos la presente investigación adopta el método dogmático, tomando como campo de investigación las instituciones jurídicas, vistas desde el contexto social y usando como fuente de información la documental.

Finalmente, la línea de investigación dentro de la cual se ubica el presente trabajo corresponde a la línea Institucional denominada: Constitucionalismo, transformaciones del Estado y bloque de constitucionalidad.

## Capítulo I

### Antecedentes del paso del Estado de Bienestar al giro neoliberal

#### 1.1 Orígenes del Estado de Bienestar y su transformación

Cuando se dan las condiciones para redefinir la forma tradicional de Estado, surge una nueva forma de este, así el Estado de bienestar aparece cuando se pasa de la concepción instrumental, a la obtención de objetivos sociales comunes, tales como el crecimiento económico y el bienestar en todas las dimensiones de la vida humana.

En este sentido, el Estado de bienestar apareció cuando éste buscaba redefinir sus funciones, para pasar de la concepción original, como afirmaba Jean Jacques Rousseau como una máquina reguladora que ocupaba la cúspide de la sociedad, como se citó en Maritain (2002); a un Estado mucho más complejo, que en términos de Chevallier (2011), requería redefinir sus funciones estatales, en cuanto debía satisfacer las exigencias de la población, contexto dentro del cual se generaron cambios significativos en la configuración estatal, al tenor de la realidad social, económica y política (Perdomo, 2014), por tanto, se hizo el tránsito del diseño del Estado Garante a un Estado Supervisor y posteriormente a un Estado Protector, que bajo la teoría Keynesiana, se trata de un Estado de bienestar teniendo como función el acceso mínimo a servicios que mejoran las condiciones de vida.

Algunos autores afirman que el tránsito se dio en un modelo de Estado liberal, cuyo fin era la garantía de igualdad formal, a un Estado Social de Derecho cuya finalidad es la de garantizar la igualdad material ante la ley (Chevallier, 2011).

Esta transformación de un Estado interventor a uno protector, se manifestó en varios países en forma diferente (Espina, 2007), lo cual puede observarse desde dos puntos de vista diferentes. El primero, es el modelo anglosajón dentro del cual se encuentran países como los EEUU, Inglaterra y otros países del Commonwealth- en donde el Estado, si bien garantiza ciertos derechos, lo hace con una intervención restringida en la economía (Blyth, 2002), el segundo es el modelo nórdico o alemán, como su nombre lo indica es propio de los países escandinavos y de Alemania, el Estado toma un rol preponderante en el desarrollo económico, formando alianzas con entidades privadas.

Tomando como punto de referencia a los Estado Unidos de América, que pudiese considerarse una economía pura de mercado, al estilo del liberalismo clásico de Adam Smith (Perdomo, 2014), centrada en el individuo y en la empresa, como principales agentes de la economía, el Estado no interviene en los mercados, solamente lo hace para proveer aquellos bienes que el mercado no suministra, en tanto no existen incentivos económicos para ello.

Por su parte, una gran fracción de Europa transitó de un modelo liberal a uno intervencionista, atendiendo a las exigencias sociales en la prestación de servicios públicos; la doctrina europea llegó a la concepción del Estado regulador, promoviendo la competencia donde fuera posible y limitándola cuando se debían proteger los derechos de los usuarios (Rincón, 2004).

A nivel global, el modelo de desarrollo neoliberal tomó fuerza a raíz de los escritos de autores como Hayek y Friedman, aludiendo a argumentos de eficiencia, económica y racionalidad; esta rama de la economía, razonó a favor de la disminución o abolición del Estado

de bienestar, ya que se cohibe la evolución del individuo, en la medida que restringe las libertades civiles. (Hayek, 1944).

Así las cosas, el rasgo cardinal del pensamiento neoliberal de mercado y libre comercio, que ha dominado durante largo tiempo, es una postura impuesta por Estados Unidos; basta recordar cómo el primer experimento hecho por los EEUU se da en la intervención a Chile.

Con ocasión de la recesión económica latinoamericana, particularmente de aquel país, se convocó a un grupo de economistas conocidos, en la historia económica, como los *Chicago Boys*, que correspondía a economistas chilenos formados en la Universidad de Chicago, como parte de un programa implementado para contrarrestar las tendencias de izquierda que se observaban en América Latina; estos economistas eran partidarios de las teorías neo liberales de Milton Firedman (Harvey, 2007), así, en el 1975, Pinochet, dictador del país suramericano, vinculó a su gobierno a dichos economistas, con la tarea de negociar créditos con el Fondo Monetario Internacional, a su vez estos propusieron la reestructuración de la economía chilena en sintonía con las teorías de Firedman, fortaleciendo la intervención privada con una tendencia a desregularizar.

La reactivación propuesta, no duró mucho tiempo, pues sobrevino la crisis de la deuda para América Latina de 1982. En los años subsiguientes se presentó un nuevo enfoque enmarcado en lo que se conoce como *giro neo-liberal*, bajo el liderazgo de Ronald Regan y Margaret Thatcher, mandatarios eminentemente conservadores, dicho giro tiene efectos en todo el planeta, y trajo como consecuencia la implementación de *recomendaciones* hechas por diversos entes multilaterales, que promovieron la liberalización de las economías y la apertura de mercados (Harvey, 2007).

Debido a esta transformación económica de gran alcance, numerosos países se vieron obligados a abrir sus fronteras a mercancías e ideas foráneas; este intercambio generó consecuencias de alto impacto.

Dado lo anterior, el presente estudio, profundizará en los servicios públicos domiciliarios, como sector que permite observar con claridad el paso de un Estado Proveedor a uno netamente Interventor. Así mismo se observará cómo esta transición, corresponde a la necesidad de adquirir nuevos consumidores para las economías capitalistas industrializadas en crecimiento, como se puede ver en la Estados Unidos, Alemania y Japón. (Matías, 2001). No obstante, esta transición también hace repensar la filosofía de la economía liberal del siglo XVIII, que como lo evidencian los hechos históricos, acrecienta las disparidades económicas de las diferentes clases sociales.

### **1.1.1 Movimientos históricos previos a la creación del Estado de Bienestar**

A continuación, se mostrará cómo fue ese paso de un Estado proveedor a un Estado interventor, describiendo diferentes momentos del Estado que permiten caracterizar los modelos de Estado, finalidad última del presente trabajo investigativo.

### **1.1.2 La Gran depresión y Orígenes del Estado de Bienestar**

El Estado de bienestar, surge como una de las consecuencias de la Gran Depresión. La deflación<sup>1</sup>, el desempleo, la falta de seguridad social, conllevaron a exigir, por parte de la población trabajadora, mayores garantías y protección Estatal (Blyth, 2002). Estas exigencias se llevaron a cabo de distintas maneras, dependiendo de cada país, en los Estados Unidos, por

---

<sup>1</sup> Caída generalizada del nivel de los precios de bienes y servicios que conforman la canasta.

ejemplo, se empleó un modelo liberal solidario basándose en trabajos públicos y seguridad social, mientras que en otros países estas exigencias se cumplieron mediante la alianza de distintos sectores de la sociedad, como fue el caso sueco, que se caracterizó por una combinación de factores internos y externos que ayudaron a Suecia a superar la Gran Depresión mejor que otros.

En este caso, si bien una exposición relativamente baja del sector bancario al mercado internacional ayudó a mantener la confianza en la economía, la política monetaria estabilizadora del Riksbank fortaleció la confiabilidad de la planificación tanto para los clientes como para las empresas, por lo cual, el hecho de que las empresas suecas pudiesen reaccionar rápidamente ante el crecimiento de la demanda externa fue en gran parte debido a la política estabilizadora del gobierno (Kent, 2011). Sin embargo, la recuperación no fue causada directamente por la política monetaria. Lo que permitió la recuperación de Suecia de esta depresión fue la demanda interna.

Las causas de la Gran Depresión fueron discutidas por décadas y todavía son tema de controversia. De una parte, los del lado clásico liberal de la economía, Wesley C. Mithchell argumentaron que se debía al mal manejo monetario y a la intervención estatal en la economía, (Robbins, 1934), aduciendo que el mal manejo de las tasas de cambio creó incentivos que se contradecían en el largo plazo. Por su parte, los autores, economistas también, sostuvieron que la crisis se debió a la falta de regulación de los mercados financieros mundiales, por cuanto el endeudamiento creció a niveles desproporcionados después de la primera guerra mundial (Barber, 1978).

Otros tantos autores, también creen encontrar la causa de la Gran Depresión en la sobreabundancia de pequeños bancos que no tenían fondos suficientes para pagar todos los

ahorros de la gente inmediatamente después de la caída del mercado de valores. Por ejemplo, en la década de 1920, los depósitos bancarios no estaban asegurados y cuando un banco fracasaba, todas las personas que depositaban allí, perdían sus ahorros. Finalmente, otros autores señalan que la reducción del gasto, como se mencionó anteriormente, significó que se produjeran más productos de los que la gente compraba, lo que obligaba a las fábricas a reducir su fuerza laboral. Con el aumento del desempleo, el gasto disminuyó aún más, dejando a más personas sin trabajo, creando una espiral descendente (Martín y Palafox, 2011).

Independiente de las verdaderas causas de la Gran Depresión, lo importante, para el desarrollo de este trabajo, son las consecuencias inmediatas de ésta. Durante este período, la producción industrial internacional se contrajo dentro del 25%-50% (Robbins, 1934), el desempleo subió a niveles sin precedentes en las economías industrializadas, lo que llevó a millones de personas a exigir protección del Estado.

En el caso sueco, esto se vio reflejado en la elección del partido de izquierda Social-Demócrata, que abogaba por la protección del proletariado y su forma de conseguirlo fue mediante la reforma institucional (Blyth, 2002). En el caso de los Estados Unidos, la solución estatal se vio enmarcada por una serie de actos del legislador (Robbins, 1934), para poner un ejemplo, la *National Recovery Act* y *Agricultural Adjustment Act* que pretendían reactivar la economía a través de proyectos de infraestructura y gasto público.

### 1.1.3 Boom de la década de 1920

La década de 1920 empezó con una economía mundial desorganizada, con monedas fluctuantes y comercio restringido; no obstante, a mediados del decenio, los balances fiscales se

equilibraron, el comercio se reactivó y las inversiones internacionales retomaron los niveles previos a la guerra (Robbins, 1934). Debido a este crecimiento económico, como lo afirma Barry Eichengreen, los actores privados empezaron a acumular más deuda, normalmente liderados por la expansión de proyectos de infraestructura y trabajos públicos, (Sprague, 1910), los créditos de consumo crecieron sin mayor restricción en los Estados Unidos y Europa, pasando de créditos para la producción a créditos de consumo.

Una de las principales fuentes de endeudamiento de los particulares eran los vehículos, a mediados de la década de 1920, los bancos financiaron indirectamente la compra de carros, mediante la adquisición de deuda de los concesionarios (Hyman, 2012), de esta forma, éstos podían facilitarles a sus clientes los nuevos modelos que salían al mercado. El esquema consistía en que los bancos creaban líneas de financiamiento para los concesionarios y estos a su vez, podría brindar opciones de compra a sus clientes, así, los bancos mantenían los costos de transacción bajos, y los concesionarios y fábricas se beneficiaban del aumento en el consumo.

Pronto este proceso de financiamiento de los concesionarios se trasladó a diferentes mercados y productos. A finales de la década, los bancos financiaban tiendas de aspiradoras, radios, muebles y cualquier otro bien deseable por los consumidores. Este aumento insostenible en el consumo llegó hasta finales de la década, cuando los hogares no podían endeudarse más y se empezaban a notar las falencias del sistema de financiamiento.

### **1.1.4 Crack del 29 y Gran Depresión**

Debido a la expansión de la economía en la década de los 20, los ciudadanos norteamericanos no sólo empezaron a endeudarse para comprar bienes de lujo, de igual forma

intervinieron de manera vertiginosa en el mercado bursátil. No obstante, cuando la economía empezó a mostrar signos de debilidad a final de esa década, no dejaron de invertir en el mercado. Es por esto que cuando llegó el mes de octubre de 1929, las personas no estaban preparadas para el golpe de una repesión.

Debido a la desaceleración de la economía a finales de 1929, los mercados bursátiles empezaron a crear pánico en sus inversionistas, lo que los predispuso a vender las acciones que tenían. El 29 de octubre de 1929, un récord de 16,4 acciones fueron vendidas a lo largo del día, esto desató terror en los inversionistas del país.

La estrepitosa caída del mercado de Nueva York tuvo efectos trascendentales en la economía estadounidense y mundial. Millones de personas perdieron sus ahorros y miles de empresas se quedaron sin financiamiento para sus proyectos productivos. Es pertinente resalta que los bancos estadounidenses habían invertido en el mercado y eran en parte culpables de los aumentos en los precios de las acciones, previo al 29 de octubre.

El sector productivo también perdió gran parte de su capital en el mercado, a pesar de las intervenciones del Presidente Hoover, las empresas empezaron a reducir salarios y despedir trabajadores, ya que no contaban con la capacidad de seguir operando. Este ciclo se siguió repitiendo hasta llegar a un 25% de desempleo a mediados de 1931 (Smiley, 1983), porque a medida que había más desempleados el consumo decaía, lo que obligó a las empresas a reducir producción y costos, con un incremento en despidos. Esta situación generó una reacción de la comunidad política que empezó a pedir mayor intervención estatal.

## 1.1.5 Años 1932 y Las Respuestas a la Gran Depresión

La Gran Depresión, independiente de los graves efectos económicos, tuvo efectos socio-políticos que cambiarían el orden mundial. Por un lado, la intervención del Estado norteamericano en la economía marcó una transición hacia el modelo Keynesiano que dominó la política estatal hasta la década de los 70. Por otro, los modelos corporativistas de los países nórdicos generaron una concepción diferente, el denominado Liberalismo Solidario, a partir de las alianzas del Estado con los actores privados.

La transición de la economía clásica Liberal a la Keynesiana se debió a que la masa trabajadora empezó a exigir mayores garantías y protección por parte del Estado, pues la escuela de pensamiento económico clásico liberal, no permitía la participación del este en la economía, al considerar que los únicos agentes económicos son los individuos y sus empresas.

Eventualmente, ciertos grupos políticos aprovecharon la coyuntura para posicionarse de una mejor manera en las elecciones, tal es el caso del *Sveriges Socialdemokratiska Arbetareparti* (SAP) o Partido Social Demócrata Sueco, que a raíz de la crisis empezó a conseguir apoyo hasta quedarse con el poder en 1932. Inicialmente el SAP, no tuvo mayor incidencia en la política económica puesto que en medio de la incertidumbre el partido no contaba con la mayoría necesaria para promover las políticas que representaba (Blyth, 2002), debido a esto, el SAP, tuvo que generar alianzas con diferentes sectores políticos, como el campesinado y la clase capitalista.

Estas alianzas son consideradas como el origen del Estado de bienestar sueco, por cuanto en este modelo se logró ubicar al Estado como actor principal de la economía permitiendo sortear las dificultades que inundaban al país en la década de los años 30 y 40. Para este modelo

es esencial rescatar las alianzas público-privadas, ya que a partir de éstas es como se logró revitalizar las economías de los países escandinavos.

Es pertinente recalcar la labor del sistema fiscal sueco, ya que, si bien este no era tan progresivo, como el de otros países de izquierda sí tenía grandes incentivos para la movilización de capital y penalizaciones para los capitales estáticos (Steinmo, 1978). Este esquema permitió una revitalización en las inversiones bajo un modelo que no gravaba las inversiones rentables en el país.

Del otro lado del mundo se construyó el Liberalismo Solidario de los Estados Unidos, este se vio enmarcado en un debate de suma importancia para el país. En 1932 se enfrentaron por la presidencia dos hombres que representaban ideas opuestas (Lloyd y Davenport, 2013), de una parte, estaba Herbert Hoover, quien abogaba por el capitalismo individualista y la exclusión del Estado de temas económicos, ya que decía que esos eran los inicios de las economías planificadas. De otro lado, Franklin Roosevelt, abogaba por un cambio en los valores, en lugar de la *libertad*, se debía propender por la *igualdad* y sobre este valor fundamentaba erigió sus propuestas.

Al ser elegido Roosevelt, pronto se dedicó a realizar cambios revolucionarios en la economía estadounidense, el *New Deal* se dio como una intervención sin precedentes del Estado en la economía, a través de numerosos actos legislativos que pretendían crear empleos por medio de obras de infraestructura y trabajos públicos.

Otro factor importante en la recuperación de la economía estadounidense en la década de 1930, fue la expansión monetaria; es decir el aumento en la cantidad total de dólares, que creció debido a las nuevas entradas de oro a las arcas de la reserva federal, esto incentivó el consumo y

dinamizó la economía. Existen autores que reclaman que, de no haber sido por este estímulo al consumo, la depresión en los Estados Unidos y en el mundo hubiera perdurado y de forma más profunda (Romer, 1992).

### 1.1.6 Creación del Estado de Bienestar

Como ya se expuso, la Gran Depresión llevo a la población de diferentes democracias en el mundo a pedir protección por parte de sus gobiernos ante la crisis del mercado. Si bien se considera que estos fueron los inicios del Estado Benefactor, la posguerra fue su consolidación, ya que en este período se asentó la teoría Keynesiana en la economía, lo que impulsó aún más la expansión del Estado de bienestar.

Así las cosas, el Estado de bienestar como organización deliberada del Estado, que buscaba crear protección ante las fuerzas de mercado (Briggs, 1961). Se presenta en tres ejes fundamentales: En primer lugar, la garantía de los individuos y familias de contar con un ingreso mínimo, independiente de su labor en el mercado o del valor de sus posesiones. Segundo, a través de la protección contra la incertidumbre, frente a eventualidades de salud, edad, desempleo, por medio de seguros que respaldaran a los ciudadanos. Y, por último, asegurándose que todos los ciudadanos, sin distinción de clase o estatus, le fuesen ofrecidos los servicios públicos bajo los mejores estándares.

Según por Girvetz (1968), el Estado de bienestar emerge cuando una sociedad está convencida de que el bienestar del individuo es demasiado importante para dejarlo en manos de arreglos informales e individualistas, es la responsabilidad de lo público lo que constituye las bases del Estado de bienestar.

Si bien se puede hablar de momentos en los cuales ciertos estados tenían políticas de protección para desastres naturales o económicos tales como: hambrunas, sequías, pestes y demás (Polanyi, 1944) el Estado de bienestar se entendió a partir de su conexión con la economía Keynesiana (Crichigno, 1992). Según Crichigno, la economía Keynesiana se estableció debido a que la Gran Depresión demostró el fracaso de la economía liberal previa a 1930.

Aunque las consecuencias de la crisis de 1929 se sintieron en todas partes del planeta, las respuestas a esta difirieron en cada país. Se encuentra la evolución del Estado de bienestar europeo, que se caracterizó principalmente por un Estado involucrado en la economía de forma más directa. Del otro lado se encontró el Estado de bienestar de los Estados Unidos que nació a partir del *New Deal* del presidente Roosevelt, programa comprensivo que pretendía aliviar la problemática de desempleo y bajo consumo a través de trabajos públicos y gasto estatal.

Estas respuestas, se presentaron de diferente manera, tanto que aún hoy los gobiernos europeos distribuyen el ingreso a sus ciudadanos de una manera mucho más amplia que los Estados Unidos. Es así que los programas sociales europeos, son más generosos y llegan a un mayor número de habitantes que los americanos; las regulaciones europeas creadas para la protección de los trabajadores son más fuertes. Todas estas diferencias son importantes de analizar ya que corresponden en síntesis a dos formas diferentes de modernización (Espina, 2007). A continuación, se explorarán cada uno de ellos, así:

### **1.1.7. Estado de Bienestar europeo**

Los países nórdicos han jugado un rol importante en el desarrollo y la historia del Estado de bienestar, desde sus inicios como laboratorio social del siglo XX (Blyth, 2002), estos países

han progresado en el desarrollo del Estado bienestar. Con una población homogénea y eficiente, economías adaptativas y bajo circunstancias especiales, es el caso de Escandinavia que ha evolucionado democráticamente (Baldwin, 1990). El Estado de bienestar nórdico ha adquirido un nivel importante, reconocido mundialmente como la cuna de la interpretación social de las reivindicaciones de los trabajadores, que lograron convertir el potencial electoral en reformas políticas.

Descendiente de teorías de la revolución burguesa, la interpretación social del Estado bienestar es entendida como la habilidad de la izquierda de implementar políticas sociales igualitarias a favor de los menos favorecidos (Baldwin, 1990). Puesto que -como se ha explicado en el presente trabajo- los menos favorecidos y el proletariado fueron parte del desarrollo inicial del EB, la política social vinculada con las necesidades de clase trabajadora (Dupeyroux, 1966).

Es por esa razón que, con la expansión del Estado de bienestar en Europa, la provisión de servicios públicos se convirtió en una responsabilidad clave del sector público (Wollman, 2011). Este desarrollo se llevó a cabo debido al pensamiento *social-demócrata* que establecía que: la forma más fácil de proteger los intereses de los ciudadanos era a través del sector público. En este contexto, los servicios públicos fueron vistos como un cuasi-monopolio estatal; para la provisión de estos servicios las autoridades locales crearon compañías municipales (llamadas Stadwerke en Alemania y municipalizzate en Italia) que en muchos casos operaron como multiservicios para toda la localidad (Wollman, 2011).

La representación más clara del Estado de bienestar en el sector público se puede explicar a partir de la nacionalización de las empresas prestadoras del servicio de energía en el Reino Unido.

Después de la Segunda Guerra mundial, el partido laborista que había ganado las elecciones en la Gran Bretaña en 1946, decidió tomar las empresas que estaban siendo operadas por las localidades, para ser pasadas al control central (McEldowney, 2007).

Modelo que se repitió en diferentes países de Europa, como por ejemplo en Italia, donde el sector energético fue nacionalizado cuando el gobierno central decidió tomar las empresas regionales y locales y unificarlas en una gran compañía al nivel nacional denominada *Ente nazionale per l'energia elettrica* (Empresa multinacional productora de energía y gas). De igual manera en abril de 1947, el sector energético francés fue nacionalizado a través de la incorporación de las empresas privadas en dos compañías estatales, *Electricidad de Francia* y *Gas de Francia* (Allemand, 2007). De esta forma las compañías públicas lograron dominar los mercados de energía locales en Europa.

A diferencia de Italia, Francia y el Reino Unido, en Alemania Occidental no hubo un proceso de nacionalización en el período del Estado de bienestar, esto según Wollmann (2011), se debió a que en ese país el proceso de reconstrucción de la posguerra se llevó a cabo de acuerdo a la coalición burguesa-conservadora, la cual no permitía la nacionalización, debido al tinte “socialista” que esta representaba.

Así, el Estado de bienestar estableció las bases de la propiedad estatal de empresas de servicios públicos en Europa occidental, poniendo como principio la satisfacción de sus ciudadanos y estableciendo que la forma más efectiva es a través de proveedores públicos.

## 1.1.8. Estado de Bienestar Americano

Franklin Roosevelt, tomó la elección en 1932 como una oportunidad de transformar el sistema americano, pasando de un apego al pasado conservador, a un futuro utópico económicamente seguro. Dijo el Presidente el 2 de Julio de 1932, al aceptar la candidatura oficial: *El gobierno federal de los Estados Unidos debe asumir liderazgo audaz* y manifestó que las leyes económicas por las cuales el presidente Herbert Hoover y otros estaban atados, no eran leyes sagradas, inviolables e inmodificables. (Lloyd y Davenport, 2013, p. 29).

De esta forma, el presidente Roosevelt se dirigía a la población norteamericana que veía en él una oportunidad para salir de la miseria provocada por la Gran Depresión. Es así como enfrentó la crisis económica y se embarcó en la adopción de medidas de emergencia que se conservaron y sólo algunas pocas desaparecieron cuando llegó la bonanza.

A diferencia de los países europeos antes mencionados en este escrito, en los Estados Unidos hubo una reacción fuerte en contra de esta nueva forma de organización estatal. Herbert Hoover otrora Presidente de los Estados Unidos, en un discurso presentado en el Madison Square Garden, el 31 de octubre de 1932 dijo que los programas propuestos por Roosevelt *no son del tipo que viene por el desarrollo normal de la vida nacional* (Lloyd y Davenport, 2013, p. 15). En concepto de Hoover, eran cambios revolucionarios que iban en contra de los principios por los cuales había sido construida la Nación. Dichos principios se veían reflejados en la constitución de ese país que ya para la época era una de las más viejas del planeta.

En primer lugar, Hoover argumentaba que el *New Deal* ponía en riesgo la libertad individual, lo que no era solo un fin político, también se consideraba un fin moral y hasta espiritual para el expresidente. Segundo, los programas impulsados por Roosevelt desafiaban la

Constitución, desde los derechos fundamentales hasta las garantías de descentralización. Para esto es importante recalcar, la identidad federalista que tiene los Estados Unidos, que fue en principio concebida como una unión de estados independientes que decidieron unirse por motivos geo-estratégicos. De acuerdo con Hoover, éstas políticas ponían en riesgo el carácter federal que permitía a los diferentes estados ciertos grados de libertad en cuanto a políticas públicas.

Si bien Roosevelt, ganó las elecciones y terminó estableciendo gran parte de las políticas propuestas en el *New Deal*, la oposición efectiva de los conservadores liderada por Herbert Hoover, al igual que la revisión judicial de la Corte Suprema de los Estados Unidos lograron que el gobierno realizara concesiones frente al Estado de bienestar que se pretendía crear.

Una vez electo, Roosevelt formuló estrategias específicas para reforma en el sector energético, dentro del contexto más amplio de su *New Deal*. En 1933 la Autoridad del Valle de Tennessee (TVA por sus siglas en inglés) fue establecida como un programa financiado por el gobierno federal para el desarrollo de un programa de control flujos dentro de los cuales incluía un componente importante de generación de energía hidráulica (Emmons, 1993). El gobierno pretendía cobrar la energía producida por este tipo de proyectos a nivel de costo, para así poder incentivar el consumo en la región, al mismo tiempo que se establecían medidas para la comparación de costos energéticos a lo largo del país.

La segunda acción del presidente Roosevelt para enfrentar el tema energético, sucedió en 1935 con la aprobación de la controvertida La Ley de la Compañía de Servicios Públicos (*Public Utility Act*), que en su Título I establecía que las compañías con valores en cartera de empresas de servicios públicos quedarían bajo la supervisión de la Comisión de Seguridad e Intercambio,

al mismo tiempo que obligaba a dichas compañías a prestar sus servicios en una región delimitada (Funigiello, 1977). El segundo título, de este acto legislativo sujetaba los costos de electricidad interestatal a la aprobación de la Comisión Federal de Precios - FPC (Baum, 1943).

Es igualmente importante resaltar la incidencia de la Corte Suprema Norteamericana, que en el período conocido como la segunda era constitucional estadounidense o *Lochner era* (1897-1937), por cuanto incidió directamente en las decisiones políticas del país y de los Estados; esto se debió principalmente a que la Corte no permitía la regulación de las empresas debido a que se estaría violando principios constitucionales.

La *era Lochner* toma el nombre, debido al caso *Lochner vr New York*, en el cual la Corte Suprema revisó una ley de ese Estado, poniendo límites a las horas de los trabajadores en las casas de repostería. La Corte sentenció que la Ley era inconstitucional dado que representaba una violación de la libertad de contratos, algo garantizado por la cuarta enmienda de la Constitución norteamericana (Schweber, 2014), la opinión de la mayoría fue redactada por el Juez Peckham, mientras que los salvamentos de votos fueron escritos por los jueces Harlan y Holmes.

El resultado de esta sentencia no fue único, aunque tampoco fue predecible, ya que en años previos la Corte había derogado y protegido estatutos regulatorios de condiciones laborales entre trabajadores y empleadores.

Otro caso importante fue *Allgeyer vr Louisiana* (1897), donde se prefirió el concepto de *libertad de contrato*. De manera más general, en la época marcada por las protestas laborales y las represalias violentas, las Cortes, tanto federales como estatales seguían protegiendo las prácticas administrativas mientras que se era hostil hacia las diferentes expresiones de la

organización laboral (Orren, 1993). Por dos razones: en primer lugar, porque al invocar un supuesto derecho a la libertad de contratos para regular los horarios de trabajo de panaderos, la Corte asumió una postura sin precedentes al institucionalizar una forma de vida como lo es la libertad de mercado. En segundo lugar, al anunciar que las leyes que interfirieran con la libertad de contratos pasarían la revisión solamente si resultaban razonables y apropiadas.

En este sentido, se puede observar que el cambio en la forma de prestación de servicios públicos en los Estados Unidos, fue moderado debido a la oposición política que logró mantener ciertas facetas del modelo previo. En síntesis, el Estado de bienestar en los Estados Unidos, si bien generó ciertas protecciones para su población en materia de servicios públicos, estas se dieron a través de regulación e intervención del Estado, a diferencia de Europa en donde se llevaron a cabo dinámicas de nacionalización de las empresas prestadoras de este servicio.

### **1.2. Servicios públicos representativos en Estados Unidos de América y Colombia.**

#### **1.2.1. Sector energético en Estados Unidos.**

Tal vez uno de los servicios públicos domiciliarios más representativos es el de la energía, de ésta dependen gran parte de los avances en materia de industria, urbanismo, comunicaciones y demás. Los inicios de este servicio se remontan a las plantas generadoras de Thomas Edison en 1880, que al estar localizadas en los barrios a los cuales les prestan el servicio favorecieron la fragmentación y la competencia entre diferentes actores (Buchanan, 1936). Por ello, en sus albores, la industria energética fue un escenario competitivo en el mercado.

Al terminar el siglo XIX y principios del XX, los servicios públicos domiciliarios ofrecidos en los Estados Unidos, en su mayoría, (por porcentaje de los ingresos totales) eran dominados

por firmas privadas que competían por clientes limitados, sus inversiones dependían directamente de su percepción sobre si un mercado era capaz o no de reponer la inversión; estos tipos de inversiones tuvieron grandes inconvenientes, ya que las cantidades de capital necesarias eran altas y las rentabilidades no siempre estaban bien evaluadas.

A principios del siglo XIX las personas empezaron a demandar servicios de mejor calidad y confiabilidad, las empresas estaban dispuestas a proveer el servicio -a un precio más elevado- sin embargo, no contaban con el capital necesario para la expansión.

Por las razones descritas, en el caso de la electricidad específicamente, se conformaron compañías con valores en cartera que se dedicaban al financiamiento, la coordinación y la integración de todas las diferentes empresas del sector en el país, quienes contaban con un 96% del mercado hasta 1932 (Emmons, 1993). La General Electric Company fue la primera en explorar esta nueva forma de financiamiento por medio de la emisión de bonos al público (Buchanan, 1936).

En sus inicios estas compañías fueron muy reconocidas debido a su eficiencia en la prestación de sus servicios ya que lograron la coordinación de numerosas empresas para repartirse los diferentes sectores de la población y así tener rentabilidades considerables. No obstante, una investigación realizada por la Comisión Federal de Comercio (FTC), iniciada por el Senado en 1927, demostró numerosos abusos por parte de ellas, incluyendo sobrevaloración de bienes, manipulación de precios de transferencia y la elaboración de estructuras de capital que permitieron a una minoría las captaciones masivas de utilidad con poca participación en la empresa.

Debido a estos problemas, muchos estados empezaron a legislar sobre la regulación del servicio y las empresas de financiamiento, para los años 1932 a 1937, los Estados tenían algún tipo de regulación, lo que pondría fin al dominio del libre mercado sobre la prestación del servicio de electricidad.

### 1.2.2. Sector Energético en Colombia

Si bien las primeras décadas del siglo XX en el país estuvieron pasadas por las revoluciones y el mal desempeño económico en materia de expansión energética, Colombia tuvo un crecimiento importante a partir de 1927. A mediados de 1936 existían 708 plantas eléctricas y 430 municipios estaban conectados (de un total de 807 en ese entonces) Una encuesta realizada en 1938 reveló que sólo 233,788 edificios de un total de 1.610.036 estaban conectados por electricidad (Contraloría General de la República [CGN], 1938) y dos años después se demostró que un 85% de los habitantes del país no tenían servicio eléctrico (Ministerio de Economía Nacional, 1942). En el departamento de Caldas en 1936, poco más del 90% tenían plantas eléctricas; en el Huila el porcentaje era algo menos de 13%, en los otros departamentos el porcentaje de municipios con plantas eléctricas pertenecían a los departamentos del Caldas y Huila.

La información disponible acerca de la propiedad de las plantas eléctricas en el país en 1936 está incompleta, los estadísticos no diferenciaron entre las plantas controladas por la nación o municipalidades y aquellas controladas por los privados. No obstante, los registros muestran que existía una amplia participación de inversionistas de los Estados Unidos, como en el caso del transporte, el sector energético fue un servicio que se impulsó primordialmente por la inversión privada extranjera y que después fue tomada por los gobiernos nacionales y locales. A finales de

1943 más de la mitad de las centrales eléctricas eran propiedad del Estado, los departamentos y municipios (Ministerio de Economía Nacional, 1942)

El Estado llevó consigo durante más de 50 años la formación de desigualdades sociales y económicas, la concentración de las fuerzas políticas a dos partidos o a una dictadura, a un nulo ahorro individual, y la reducción de iniciativas empresariales permitiéndoselas sólo a unos, la baja cobertura y la mala calidad en la prestación de servicios públicos y los altos costos tarifarios por la prestación, por ejemplo, la telefonía nacional e internacional.

El poder político concentrado en los hombres de la industria con exclusión de los demás sectores, el bajo poder de compra del pueblo llevando consigo la ausencia de consumo y el estancamiento industrial, los precios falsos que no obedecían a los costos y por último la aparición de movimientos sociales sindicales alimentados para el caso latinoamericano por las revoluciones mexicana de 1908 y bolchevique de 1917 y el movimiento social alemán de 1909 donde nació la función social de la propiedad, resumen una situación económica que fue propiciadora en la aparición del sistema benefactor o Estado de bienestar.

## Capítulo II

### Giro neoliberal, causas y consecuencias.

El Estado de bienestar, alcanzó su máxima expresión en la década de 1970, cuando empezó a verse en problemas debido a los excesivos gastos de los gobiernos. Así, la nueva teoría económica imperante, la neo-clásica, basándose en los escritos de Hayek y Friedman, quienes con sus posiciones teóricas pretendían retomar la doctrina liberal que precedía al Estado bienestar; mostraban un retroceso en lo conseguido hasta el momento. En contraposición, de Estados Unidos e Inglaterra se apegaron al pensamiento de Ronald Reagan y Margaret Thatcher como cabezas de Estado respectivamente promoviendo el giro neoliberal.

El giro al Estado neoliberal, comprendió múltiples aristas de las cuales se destacan: el crecimiento de la desigualdad de ingresos, la disparidad comercial de los países, el fracaso de la industrialización por sustitución de importaciones y hasta la misma idea de “libertad” que tuvo su propia perspectiva. Claramente, estos acontecimientos tuvieron incidencia en la política de prestación de servicios públicos.

De acuerdo con Harvey (2007), los años de 1978-1980 pueden ser considerados como un punto de inflexión revolucionario en la historia socioeconómica del mundo. En 1978, Deng Xiaoping, quien era presidente de China, dio pasos hacia la apertura comercial. El camino que siguió Deng, transformó a China en tan solo veinte años, pasando de un país aislado a convertirse en un centro del capitalismo. Igual sucedió en el Reino Unido, donde Margaret Thatcher fue elegida Primer Ministro en mayo de 1979, con el objetivo de debilitar los sindicatos y poner fin al estancamiento de la década anterior a su llegada.

Mientras que en los 80, Ronald Reagan fue elegido presidente de los Estados Unidos y llevó a este país hacia la senda de un mercado neoliberalismo tal como lo había señalado Volcker dos años antes. Esto lo hizo al añadir políticas propias para combatir la fuerza de los sindicatos, liberando la industria, agricultura y extracción de recursos. Siendo así el inicio de la propagación de estos centros neoliberales del mundo.

### **2.1. Crisis de la deuda**

En Latinoamérica, los países se industrializaron bajo un modelo de sustitución de importaciones, que pretendía promover el desarrollo económico a través de una industrialización que estuviera enfocada hacia bienes que previamente eran importados. A partir de los años setenta este modelo fue acentuado en gran parte del continente y su desarrollo fue interrumpido abruptamente por la crisis de 1982, cuando México suspendió el pago de la deuda externa (Escorsa, 2004). Debido a las altas tasas de endeudamiento de los gobiernos nacionales y locales, éstos no pudieron cumplir con sus obligaciones cuando subieron las tasas de interés y los bancos empezaron a ser más estrictos con sus reglas de préstamos.

Para salir de la deuda, los gobiernos adquirieron compromisos con entes financieros como el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional, en los que se ajustaran los gastos estatales y se adoptaran reformas económicas de corte liberal. Chile, por ejemplo, con los “Chicago Boys” pioneros en la región en acatar las órdenes de las fuentes de financiamiento empezaron con la privatización de decenas de empresas públicas (Escorsa, 2004).

El Estado neoliberal y neoregulador surgió como consecuencia de la crisis del Estado de bienestar, que se había convertido en un Estado burocrático y policivo, debido al monopolio estatal de las actividades productivas y la prestación de servicios públicos (Pulido, 2012).

Colombia, si bien no vivió esta *crisis*, como otros países latinoamericanos, sí sintió el choque, puesto que los intereses crecientes llevaron a que las entidades gubernamentales decidieran invertir más recursos al pago de la deuda que a la provisión de servicios públicos. Las ciudades grandes y medianas fueron las principales afectadas por esta situación. Los resultados de las empresas públicas en Colombia en las décadas de 1960 y 1970 fueron excelentes, lograron aumentar la capacidad productiva más de cuatro veces (Gilbert, 1990), sin la necesidad de incurrir en grandes déficits fiscales. En Bogotá, la capacidad aumentó geométricamente, la generación neta de energía creció 11% anual desde 1950 hasta 1987, la cantidad de personas con servicio de agua potable aumentó 9% anual y el número de teléfonos 15%.

A mediados de la década de los setenta, más de la mitad de hogares bogotanos tenían servicio de agua y electricidad, a diferencia de otras ciudades del País, en donde el crecimiento fue mucho más lento (Gilbert, 1990).

### **2.2. Banco Mundial y Fondo Monetario**

Este crecimiento del sector de servicios fue posible gracias a los préstamos otorgados por bancos locales, inicialmente y después por fuentes externas como el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo. Entre 1968 y 1988 el Banco Mundial prestó \$252 millones de dólares a empresas de agua en Colombia, de las cuales \$132 millones fueron a Bogotá (Gilbert, 1990). Estos préstamos fueron otorgados bajo condición, pues las empresas locales tenían que

seguir los lineamientos del Banco, lo que significaba establecer un sistema administrativo sólido, operar bajo criterios comerciales y ajenos a la actividad política.

En las décadas de 1970 y 1980, el Banco Mundial estuvo involucrado cercanamente con el monitoreo y la influencia de las agencias, para poder cerciorarse que éstas cumplieran con los compromisos.

El sector energético por su parte asumió deudas aún mayores que aquellas de las empresas de agua potable, al tratar de cubrir la falta de energía en el país, se planeó una expansión agresiva. La capacidad total del país pasó de 4,300 Mega watts en 1980 a 8,300 en 1989, no obstante, así mismo creció la deuda del sector que subió desde \$860 millones de dólares en 1980 a \$4300 millones en 1989, para 1990 el sector representaba el 30% de la deuda externa (Gilbert, 1990). Estos niveles de endeudamiento generaron problemas importantes para las empresas pues por el aumento en la tasa de interés, se vieron en la necesidad de buscar recursos por otros medios.

Debido al tamaño de la deuda y el aumento de las tasas de interés, las empresas prestadoras de servicios tuvieron que tratar de financiar sus proyectos recurriendo al aumento en las tarifas de usuarios, es así como en Bogotá la tarifa subió un 50% en el período de 1980-1984. La electricidad para clientes industriales y comerciales subió aún más, en Bogotá la tarifa para industriales creció cuatro veces en los años de 1977-1987 y la tarifa para clientes comerciales aumentó cerca de cinco veces (Gilbert, 1990). Estos incrementos generaron malestar en la sociedad. Sin embargo, debido a la presión exterior, las tarifas se mantuvieron relativamente estables.

Las recomendaciones de tarifas del Banco Mundial fueron generadas en la década de 1970 y en su máxima expresión se explicaba que no se deberían ofrecer subsidios a los *clientes*, ya que esto disminuía directamente los recursos disponibles para expansión (Linn y Strassman, 1993).

Las empresas de servicios públicos bogotanas cumplieron las recomendaciones del Banco Mundial al pie de la letra, gradualmente modificaron la estructura de tarifas de las compañías de agua, electricidad y servicios de comunicación (teléfonos), para asegurarse que estas empresas fueran sostenibles (Gilbert, 1990). Adicionalmente introdujeron un elemento de subsidios cruzados, basándose en la estratificación, en la cual los consumidores con mayores capacidades adquisitivas subvencionan a los menos favorecidos. Esta diferenciación se vio en su máxima expresión cuando en noviembre de 1986 los consumidores con mayores ingresos pagaron 46 veces más en total de lo que pagaron aquellos de menores ingresos (Ochoa, 1989), citado por Moncada J. et al. (2013)

No obstante, el análisis de los costos marginales pronto tuvo complicaciones en el mundo real, ya que las inversiones hechas por las empresas de servicios públicos para aumentar el alcance no podrían ser pagadas por la población. En 1986 el Gobierno colombiano introdujo un sistema de establecimiento de tarifas energéticas tomando como punto de referencia los costos marginales a largo plazo, lo que significó un aumento real de las tarifas de un 4% anual. Como parte de la política, el gobierno, al mismo tiempo, introdujo un sistema que subía las tarifas a la par de la inflación mensual. Estos incrementos hicieron que la población se opusiera a las *recomendaciones* del Banco Mundial, puesto que éstos consideraban que les encarecía demasiado el costo de vida.

La crisis económica de Estados Unidos y las modernas tendencias del Estado de Bismark en Alemania, llevaron a Colombia a hacer reformas constitucionales como las de 1936 y 1945, para fortalecer el Estado interventor y social, activando tres mecanismos, que por lo menos en teoría fortalecían la actividad del Estado en beneficio de los sectores pobres de la sociedad con el fin de darles capacidad de compra y como consecuencia, hacerlos consumidores de bienes y servicios.

El primer mecanismo fue aumentar los impuestos a los sectores más productivos con el fin de redistribuir esos ingresos en las clases bajas; el segundo, consistió en establecer una infraestructura productiva en toda la población colombiana, esencialmente carreteras, energía eléctrica, telefonía, educación y salud; otro mecanismo fue el establecimiento de subsidios a algunas actividades económicas, la más notable al uso de la energía eléctrica y al consumo del agua potable, inclusive en los tiempos finales del periodo intervencionista se subsidiaron los combustibles, el sistema de salud y el sistema pensional con aportes directos del Estado a estos sectores, es decir que el Estado intervenía con sus propios recursos estos sectores; otro mecanismo diferenciador fue el de las tarifas para que pagaran más quienes tuvieran mayor capacidad económica o por niveles de consumo de los servicios públicos o por estratificación de vivienda.

Estos mecanismos no fueron suficientes y se presentó una degeneración del sistema denominado por los economistas externalidades, tales como la descomposición de servicios sólidos, el efecto adverso de los rellenos sanitarios, la contaminación de aguas, proliferación de enfermedades, el deterioro ambiental y paisajístico, la contaminación de recursos hídricos y otros

aspectos que aunque positivas no tenían una motivación económica, ejemplo la poda y siembra de árboles, la movilidad con vehículos y personas con mecanismos de protección ambiental.

Los conflictos desembocaron en un tratamiento controlador, por medio de las superintendencias que obraban de diferentes maneras en el mercado, pero con la característica de ser sancionador de las prácticas colusorias, las fusiones en favor de monopolios, acuerdos predatorios sobre precios o monopolios o truts económicos; pues Colombia no conocía en ese momento la figura de la comisión de regulación (Amador, 2011).

Aún con la existencia de las superintendencias, estas no tenían un objetivo concreto, pues unas veces observaban la eficiencia de la productividad nacional, otras la libre escogencia de productos por el consumidor teniendo en cuenta factores de calidad y precios, pero en materia de servicios públicos existía un total monopolio, luego eran normas de derecho sin contenido material en la sociedad y sólo hasta el año 2009, con la Ley 1340 se concretó el objeto de dichas autoridades y en general del papel de Estado sobre la economía (Uribe, 2010).

Derivado de esto, el neoliberalismo distanció la idea del gobierno en cabeza del cual se dirigía la prestación de los servicios públicos. La concepción neoliberal que defiende el retroceso del Estado en lo que atañe a la prestación de servicios públicos se distancia de la idea de un gobierno involucrado, aunque curiosamente en la concepción neoliberal el Estado si se involucra, pues es preciso que los privados puedan obtener beneficios al tomar la dirección y gestión de los servicios públicos.

El Estado usó la figura ya aplicada por los países nórdicos, denominada hoy comisión de regulación que abandona un tanto el aspecto sancionatorio y adopta una actitud entre

negociación, amenaza y coacción con normas dan a la vez estímulos y desestímulos al mercado, y una que otra vez regulando precios máximos.

Los países modernos de corte social democrático tales como Francia, Alemania e Inglaterra han impuesto al mundo tres conceptos bastante motivadores de la economía, buscando un equilibrio entre costos y utilidades: la responsabilidad social del sector privado, el equilibrio y sostenibilidad económica y la innovación para afectar los costos cada vez más crecientes en el sistema tradicional de oferta y demanda (Porter, 2009).

**Capítulo III**

**Servicios Públicos en Colombia**

**3.1. Antecedentes de la evolución de la prestación de los Servicios Públicos**

La Constitución Nacional de 1886, ya garantizaba la libertad de empresa y preceptuaba:

Se garantizan la libertad de empresa y la iniciativa privada dentro de los límites del bien común, pero la dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes y en los servicios públicos y privados, para racionalizar y planificar la economía a fin de lograr el desarrollo integral.

Intervendrá también el Estado, por mandato de la ley, para dar pleno empleo a los recursos humanos y naturales, dentro de una política de ingresos y salarios, conforme a la cual el desarrollo económico tenga como objetivo principal la justicia social y el mejoramiento armónico e integrado de la comunidad, y de las clases proletarias en particular. (Const. P, art. 32, 1886).

La Constitución Política de 1991, en su artículo 333, señala el rol importante que tiene el mercado, la actividad económica y la protección de la iniciativa privada, postulando los nuevos conceptos de libre competencia, libre empresa y posición dominante en el mercado nacional.

Las causas que dan origen a la transformación a un Estado garante de la iniciativa privada y libre empresa con derecho de autorregulación de sus propios intereses, están vinculadas fuertemente con las élites nacionales y transnacionales. Esto se explica, según se estudió en el

capítulo anterior, a partir de la liberalización de la economía colombiana que se llevó a cabo de acuerdo a los delineamientos dados por el Banco Mundial, el Fondo Monetario y la Organización Mundial del Comercio, que fueron a su vez implementados por la clase imperante, fenómeno generalizado en Latinoamérica, con los procesos de reconstrucción industrial y de reapertura económica (Matías, 2001).

Es pertinente resaltar que, si bien el espíritu neo-liberal se encuentra en la Constitución Política, también lo es que se consagra con fuerza la concepción del Estado Social de Derecho, elevado a la categoría de principio fundante de la nación, en donde es clara la libre competencia como un derecho que implica una función social.

Si bien es difícil indicar con exactitud la fecha de inicio de la prestación de servicios públicos por parte del Estado, sí es posible demostrar una aproximación al concepto de servicio público desde mediados del siglo XIX (Barreto, 2010). El primer servicio público del que se puede hablar en Colombia es el del agua potable para la ciudad de Bogotá (Barreto, 2010). Aunque precario, éste denotaba una preocupación por parte de las autoridades para satisfacer necesidades de la población.

El manejo de aguas en la ciudad de Bogotá no se diferenció de la tendencia del resto del país (Uribe, 1903). Las tecnologías usadas en la prestación del servicio de agua potable eran primitivas, como el del resto del país (Gutiérrez, 2007). No obstante, en la capital se evidenciaba una preocupación a nivel local por la operación y cobertura de este servicio, lo que se vio reflejado en su organización administrativa.

La salubridad pública cobró gran relevancia a nivel nacional debido a la crisis sanitaria que se observaba en los centros urbanos del país (Gutiérrez, 2007), los brotes de peste preocupaban

no sólo a los científicos y médicos, estos estaban en el ojo de los políticos y de la población en general que presionó por una solución al problema de salubridad a mediados del siglo XIX.

Un antecedente respecto a la prestación de servicios públicos, se encuentra en los inicios de la República con la Ley 11 de marzo de 1825, sobre Organización y Régimen Político y Económico de los Departamentos y Provincias, en su artículo 66 establecía la obligación, para los alcaldes municipales, cuidar todo lo relativo con la salubridad, la comodidad y el ornato (Barreto, 2010). Entiéndase en este caso que la salubridad correspondía al manejo y atención del aseo y agua de las ciudades.

De esta forma se ofrecía un servicio estatal con precariedad técnica a cambio de una remuneración correlativa, la cual debía cobrarse por los encargados de cada municipalidad (Barreto, 2010). Es importante entonces, entender que si bien el servicio de aguas empezó como desarrollo del deber Estatal después éste fue adoptando identidad propia y regulación particular a manera de un servicio autónomo. Por lo tanto, se puede hablar de una concepción de servicio público, desde finales del siglo XIX, ya que analizando el caso del agua potable este servicio se piensa como una obligación estatal.

### **3.2. Transformación del modelo de Servicios Públicos en Colombia.**

Las políticas públicas tuvieron un notorio cambio que empezó a formarse en la década de 1980 y se manifestó en su totalidad en la Constitución Política de 1991. Esta transformación se basó en la sustitución de un modelo en donde existía un Estado prestador de todos los servicios públicos, por otro lado, en la pretensión de aprovechar las herramientas del mercado para poder garantizar el acceso y calidad a la población.

## LA LIBRE COMPETENCIA EN LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

47

Para comprender el caso colombiano, se realizará un análisis de la Ley 142 de 1994, por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios. Esta Ley refleja las diferentes consideraciones relacionadas con la prestación de servicios públicos domiciliarios y es clara en proteger el principio de libre competencia a la vez que refuerza la función social del Estado y le impone la obligación de proteger a los usuarios.

El artículo 334 de la Constitución Política, determina que:

La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir en el plano nacional y territorial, en un marco de sostenibilidad fiscal, el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. Dicho marco de sostenibilidad fiscal deberá fungir como instrumento para alcanzar de manera progresiva los objetivos del Estado Social de Derecho. En cualquier caso el gasto público social será prioritario.... (Const. P. 1991)

De acuerdo con ello, el Estado tiene la dirección general de la economía. No obstante lo anterior, se debe desarrollar esta función del Estado por medio de Leyes y es así como el Congreso de la República aprueba la Ley 142 de 1994, que se constituye en el Estatuto regulador de los Servicios Públicos Domiciliarios.

La citada ley le señala al ejecutivo los tres temas principales en donde fundamenta la actividad plasmada en el texto constitucional, a saber: la regulación, la vigilancia y el control de las empresas y servicios públicos (Atehortúa, 2005).

Es importante entonces, reconocer que la Ley 142 de 1994 optó, para el sector de los servicios públicos domiciliarios, el esquema fundamentado en la libre competencia y no el de la modernización del monopolio estatal (Atehortúa, 2005), que sería posible si se establece un modelo de competencia orientada.

Para lograr la eficiencia prometida por la libre competencia, la Ley aborda temas importantes, como la eliminación de barreras de entrada, la igualdad entre proveedores, la incorporación de capitales, el tratamiento igualitario a los extranjeros y la adopción de nuevas modalidades de administración y gestión.

La eliminación de las barreras desde el inicio de la aplicación de la Ley, permitió el acceso de diferentes actores en la prestación de los servicios públicos, con esto se buscaba ampliar la cobertura de mismos, para que pudieran llegar a todas las regiones. En el artículo 22 de la precitada ley, se evidencia esta idea, cuando señala:

Las empresas de servicios públicos debidamente constituidas y organizadas no requieren permiso para desarrollar su objeto social, pero para poder operar deberán obtener de las autoridades competentes, según cual sea el caso, las concesiones, permisos y licencias de que tratan los artículos 25 y 26 de esta Ley, según la naturaleza de las actividades. (L. 142, 1994).

Bajo estas nuevas condiciones, los actores que antes no podían participar en la prestación de servicios, lograron entrar en los mercados y competir con las empresas públicas que hasta ese momento prestaban dichos servicios en calidad de monopolio, sin ninguna competencia. Se establece la igualdad para que los proveedores ya sean públicos, privados o mixtos se sometan a un mismo régimen, bajo el cual puedan competir en idénticas condiciones. Con ello se buscaba una competencia eficiente entre los diferentes actores.

Otra de las herramientas que otorgó la Ley 142 de 1994, para poder instaurar un mercado competitivo fue la incorporación de capitales extranjeros, quienes tienen los mismos derechos que los nacionales en términos de inversión en servicios públicos y por lo tanto no fijó ninguna restricción para la inversión externa en este campo.

Con relación con la inversión extranjera, es necesario precisar que obedece al giro neo-liberal, el cual pretendía abrir los mercados de los países en desarrollo a capitales extranjeros, lo que se ve orientados por los parámetros señalados por la Organización Mundial de Comercio (OMC) en sus acuerdos con Colombia.

Por último, la adopción de nuevas modalidades de administración y gestión, facultaron a las entidades territoriales y a los proveedores de servicios, para conformar alianzas que facilitarían el cumplimiento de los objetivos de cada actor. Estas nuevas modalidades permitieron la entrada de diferentes actores bajo nuevas formas de contratación, como son la administración profesional o la concesión a terceros.

Si bien la Ley de servicios públicos adoptó un esquema de libre competencia, también es cierto que estableció que las empresas se someterían al sistema de vigilancia y control adelantado por organismos especiales, que se encargan de propiciar la mejor prestación de los servicios. De

esta forma, la Ley buscó conciliar las diferencias de las dos tesis que se hacen presentes en esta investigación.

Una de estas tesis propone que un servicio del sector público es un monopolio que debe usar activos del mismo Estado, esto derivado de la concepción de *Estado de bienestar*, dentro del cual se debe satisfacer las necesidades manifiestas de la población con la prestación de los servicios, en forma adecuada.

La otra tesis consiste en adoptar la concepción del *Estado interventor* que no necesariamente presta el servicio, pero si lo supervisa y está al tanto de que se preste de manera eficaz. Esta forma de estado propicia, como se ha dicho, la iniciativa privada, que es el modelo mucho más común de empresas que compiten por proporcionar bienes o servicios utilizando activos del sector privado, empleando su propio personal y cobrando tarifas a los usuarios; es decir, los servicios públicos se ofrece dentro de un mercado competitivo de libre empresa.

Un factor importante a resaltar, que se observa, tanto en la Constitución Política como de la Ley 142 de 1994, es el de la utilización del término *usuario*, propio del derecho administrativo y de la teoría del servicio público, para hacer referencia a las personas que reciben el servicio a diferencia del término *cliente*, propio de la economía de mercado.

Es pertinente resaltar esta diferencia ya que de acuerdo con Atehortúa (2003), el concepto de *usuario* tiene una connotación importante en el establecimiento legislativo. Es por esto que las relaciones entre prestadores de servicios no se someten al régimen de contrato de condiciones uniformes y como regla general están sujetas al Código de Comercio.

Así mismo, la Ley que se viene comentando establece la dinámica de subsidios cruzados que se habían implementados previamente en los sectores de energía y agua y que fueron afianzados en el artículo 367 de la Constitución Política, en donde además de los criterios de costos, propone que se tengan en cuenta la importancia de la solidaridad y redistribución de ingresos. Esta característica es importante porque evidencia la preponderancia de la función social del Estado, sobre las consideraciones netamente económicas.

Otro aspecto importante es la instauración de un sistema regulatorio especial, se encuentra en el artículo 370 de la Constitución Política, que incorpora en la estructura del Estado un órgano de control, bajo la modalidad de Superintendencia; dice el artículo:

Corresponde al Presidente de la República señalar, con sujeción a la ley, las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios y ejercer por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el control, la inspección y vigilancia de las entidades que los presten. (Const. P. 1991)

El Estado, entonces, debe procurar el equilibrio de los intereses empresariales de los operadores y los intereses sociales que le corresponden al Estado garantizar y permitir así que los operadores públicos y privados compitan en plano de igualdad.

## 3.3. Jurisprudencia de las Altas Cortes

### 3.3.1. Corte Constitucional

La Corte Constitucional, como máximo intérprete de la Constitución, ha efectuado importantes pronunciamientos sobre el tema; por ello se trae a colación algunas sentencias, en las que se determinan parámetros en la prestación de los servicios públicos y la libre competencia.

El máximo Tribunal Constitucional del país en su desarrollo jurisprudencial ha delimitado y señalado los elementos que deben estar comprometidos en la prestación de los servicios públicos en Colombia. De otra parte, la Corte Constitucional ha clarificado cómo debe ser la intervención del Estado, en desarrollo de su función de vigilancia y control, y es así como la sentencia C-263 de 1996, determinó que si la ley ha conferido a las empresas prestadoras derechos, prerrogativas y privilegios que corresponden a las autoridades públicas, dichas empresas no escapan al control de legalidad propio de los actos que emanan de las autoridades administrativas, pues justamente el ente público debe regular los mecanismos para proteger los derechos de los usuarios.

En virtud de la ley 142 de 1994, las relaciones entre las empresas prestadoras de los servicios públicos domiciliarios y sus usuarios, se rigen por un contrato denominado *Contrato de Condiciones Uniformes*, de carácter eminentemente consensual, que implica que tal relación no sólo se gobierna por el derecho privado, sino por el derecho público, en donde se debe observar que es una relación amparada por el carácter de normas de *Orden Público*, entendiéndose por tal, el hecho de que no vale pacto en contrario y si así lo hicieran, priman las normas vigentes sobre la voluntad de las partes, en tanto se profieren para asegurar la calidad, eficiencia, efectividad de

los servicios públicos en favor de los usuarios y especialmente, impidiendo que las empresas prestadoras de servicios públicos hagan primar su posición dominante.

La Corte Constitucional con ponencia del Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz, dictó la sentencia C-579 de 1999, que resolvió la demanda de inconstitucionalidad impetrada para contra los artículos 36 y 65 de la Ley 336 de 1996, por la cual se adoptó el Estatuto Nacional de Transporte, sustentada por la parte actora en la consideración en que dichas disposiciones violentan el derecho a la libertad de empresa. La Corte Constitucional en dicha sentencia, al hacer un recuento de conceptos históricos sobre el tema, trae a colación las teorías del pensamiento neoliberal sobre el mercado, dice la Corte Constitucional:

La aseveración del actor acerca de la intangibilidad del derecho a la libertad de empresa responde a una concepción acerca de la relación entre el Estado, la sociedad y la economía, que ya ha sido abandonada en el derecho constitucional moderno (C.C., C-579/99, p. 22, 1999).

La Corte Constitucional Colombiana, retoma la posición asumida por la Corte Estadounidense, entre los años 1897 y 1937 - estudiada en el segundo capítulo del presente trabajo- y que hace referencia a la teoría neo clásica de la economía. Dicha doctrina, se puede observar con mediana claridad en la cita que hace nuestro máximo órgano judicial constitucional, sobre la decisión de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos, en el trascendental fallo Conocido como caso Lochner del año de 1905. La cita se hace en la sentencia C-579 de 1999, en siguiente aparte:

La sentencia del conocido caso Lochner - fallado en el año de 1905 y que es considerado por muchos como el principal exponente de la jurisprudencia de esa

época -, mediante el cual se declaró la inconstitucionalidad de una ley del Estado de Nueva York que establecía una jornada máxima de 10 horas diarias y 60 horas semanales para los empleados de las panaderías; la del proceso *Adkins vs. Children's Hospital* - fallado en 1923 -, que declaró la nulidad de una ley que establecía el salario mínimo para las mujeres en el distrito de Columbia; y la del caso *Coppage vs. Kansas* - de 1915, en la que se reafirmó la tesis expuesta en *Adair vs. United States*, en 1908, en relación con una ley federal sobre la misma materia - en la cual la Corte declaró la inconstitucionalidad de una ley de ese Estado que prohibía que en los contratos de trabajo se incluyera una cláusula mediante la cual el trabajador renunciaba a su derecho a vincularse a una organización sindical, etc. (C.C, C-579/99, p. 22, 1999).

Refiere la Corte Constitucional, que el precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de aquella época, marcaba un modelo económico en el cual no era posible la intrusión del legislador afirmando que:

[E]l legislador no podía intervenir en el área de los contratos, la cual debía ser configurada de manera libre por los sujetos intervinientes en la relación contractual. Los contratantes expresaban su voluntad en condiciones de igualdad y libertad, y por eso bien podían determinar de manera autónoma cuáles serían las cláusulas del convenio, sin que fuera permitido al legislador imponerles condiciones (C.C, C-579/99, p. 22, 1999).

Luego del referente histórico, la Corte Constitucional en la sentencia que se viene comentando, recuerda como el pensamiento del Estado Gendarme y del liberalismo

manchesteriano, degeneró en un Estado de insatisfacción y precariedad económica de la clase trabajadora, trayendo consigo una crisis social como producto de la Gran Depresión.

Resalta la Corte Constitucional como estos acontecimientos históricos, permiten observar que no es posible confiar a las fuerzas del mercado el bienestar general, por lo que el Estado, como concentración legítima de la fuerza, debe intervenir en la economía y por ende le es posible interferir sobre la propiedad y los contratos. Prueba de ello – dice la Corte Constitucional Colombiana:

Y si bien la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos se opuso durante algunos años a la legislación social impulsada por el gobierno de Roosevelt, en consonancia con su programa del New Deal, a partir de 1937 aceptó que el Congreso estaba legitimado para expedir leyes de carácter social y económico, de manera tal que abandonó definitivamente la doctrina del debido proceso sustantivo en materia económica. (C.C, C-579/99, p. 23, 1999).

Igualmente, la Corte Constitucional en la misma sentencia, hace referencia a la reforma constitucional de 1936 a la Carta de 1886, y encuentra que ella estuvo influenciada por la doctrina del servicio público y plasmada en los escritos del derecho público francés, especialmente de profesor León Duguit, en particular se nota su influencia en la definición del principio de que *la propiedad tenía una función social* y que el Estado estaba autorizado para intervenir en ella, en las relaciones de trabajo y en la economía (C.C, C-579/99, p.23, 1999).

Destaca la Corte como que con la Constitución de 1991 se encuentra dicho principio inmerso, fundamental en la concepción del Estado Social de Derecho y como para ello se acudió

al derecho comparado, en especial a la Ley Fundamental Alemana de 1949 y a la Constitución española de 1978. Dijo la Corte Constitucional:

La declaración de que Colombia es un Estado social significa que el Estado debe velar por el bienestar de los asociados; es decir, que en vez de asumir una actitud pasiva en torno a lo que sucede en la sociedad - tal como ocurría en el llamado Estado gendarme - debe entrar en acción para - como se señaló en la sentencia SU-747 de 1998 - “contrarrestar las desigualdades sociales existentes y para ofrecerle a todos las oportunidades para desarrollar sus aptitudes y para superar los apremios materiales.” De lo que se trata con la definición del Estado colombiano como un Estado social es de establecer que él tiene la obligación de asegurarle a los asociados unas condiciones materiales mínimas de existencia, lo que implica que debe intervenir con decisión en la sociedad para cumplir con ese objetivo. (C.C, C-579/99, p.23, 24, 1999).

Así mismo, menciona la Corte que esta concepción del Estado de derecho liberal ya no se usa en el Estado Constitucional de Derecho, pues se entiende que la intervención del Estado en la economía es importante para evitar descalabros como el 29 de octubre de 1929.

Por su parte, la Sentencia C-389 de 2002, de la Corte Constitucional, resulta de especial importancia para respaldar la respuesta planteada al problema de investigación, resaltando que:

Dentro de la nueva concepción del Estado Social de Derecho que consagra la Constitución de 1991, el constituyente reconoció la importancia de los servicios públicos como inherentes a la finalidad social del Estado, razón por la cual le impuso a éste la obligación de asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes

## LA LIBRE COMPETENCIA EN LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

57

del territorio nacional. Igualmente, determinó los principios y lineamientos generales que regirán su desarrollo y prestación en el Capítulo 5 del Título XII de la Carta “DEL RÉGIMEN ECONÓMICO Y DE LA HACIENDA PÚBLICA”.  
(C.C, C-389/02, p. 48, 2002).

La Corte Constitucional explica por qué, con base en los artículos 365 y 370 de la Constitución Política la prestación de los servicios públicos tiene una connotación social y que busca el bienestar y la calidad de vida de las personas; dice la Corte Constitucional que estos servicios:

Deben ser prestados en forma eficiente; constituyen un asunto de Estado y por lo tanto pertenecen a la órbita de lo público, de ahí que deben ser prestados a todos los habitantes; su régimen tarifario debe tener en cuenta los criterios de costos, solidaridad y redistribución del ingreso; por razones de soberanía o de interés social el Estado puede reservarse su prestación previa indemnización a quienes queden privados del ejercicio de esta actividad; su prestación es descentralizada pues descansa fundamentalmente en las entidades territoriales; y, finalmente el pago de los subsidios a los estratos pobres involucra recursos de la Nación y de las entidades territoriales (C.C, C-389/02, p. 48, 2002).

De tal manera, que, siguiendo los derroteros del máximo intérprete de la Constitución, las autoridades administrativas sí están facultadas para imponer límites a la libre competencia, cuando la garantía de los derechos fundamentales de los usuarios, así lo requiera.

En el fallo de constitucionalidad C 389 de 2002, la Corte Constitucional expone que:

(La) Participación de los particulares en la prestación de los servicios públicos, que además está en consonancia con lo dispuesto en el artículo 333 de la Constitución que garantiza el libre ejercicio de la actividad económica y de la iniciativa privada dentro de los límites del bien común, asegurando la libre competencia económica como derecho de todos que supone responsabilidades. Por tal razón, la Constitución prevé que el Estado, por mandato de la ley, impida que se restrinja u obstruya la libertad económica y evite o controle cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional, correspondiéndole a la ley delimitar el alcance de dicha libertad económica cuando lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación (C.C, C-389/02, p. 49, 2002).

Sobre la misma sentencia, la Corte Constitucional expone que si bien la Carta Política protege la iniciativa privada y la libre actividad económica, la Constitución autoriza al Estado para intervenir, siempre que sea necesario racionalizarla y preciso que:

La obligación de hacerlo particularmente en la explotación de los recursos naturales, el uso del suelo, la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano. Intervención del Estado en la economía y en el mercado de bienes y servicios que tiene, por tanto, una finalidad de carácter social (C.C, C-389/02, p. 49, 2002).

De lo expuesto por la Corte Constitucional en su providencia, se colige con claridad, que siempre que se trate de elementos identitarios del Estado social de derecho, por mandato constitucional, le resulta imperativo al Estado intervenir en la economía y en el mercado de bienes y servicios. Luego de resultar necesario, puede colocar límites a la libre competencia e iniciativa privada e intervenir en los contratos, sin que por ello se entienda que está anulando la libre actividad económica, pues por el contrario en aplicación de una economía social de mercado, está salvaguardando los elementos que identifican a nuestra Constitución.

Así las cosas, la Constitución autoriza al Estado para intervenir en la economía y así poder garantizar los derechos de los habitantes, dentro de los cuales está el acceso a los servicios públicos domiciliarios.

La Corte Constitucional, si bien admitió la importancia de la iniciativa privada y la libertad económica, explicó que estas actividades se realizan ligadas a la función social y que el Estado se encarga de la dirección general de la economía. De esta forma la Corte estableció que si bien existían las libertades económicas estas estaban subyugadas a la función social. (C.C, C-389/02, p. 50, 2002)

Para poder cumplir a cabalidad esta función social, las empresas ya sean públicas, privadas o mixtas, tienen que cumplir unas obligaciones establecidas en el artículo 11 de la Ley 142 de 1994, a saber: asegurar el servicio en forma continua y eficiente, y sin abuso de la posición dominante (fuerza comparativa dentro del mercado) por parte de las empresas, la abstención de prácticas monopolísticas o restrictivas de la competencia, la facilitación de subsidios a los usuarios, la divulgación de información que pueda beneficiar a los usuarios, cumplir con la función ecológica, protegiendo la diversidad e integridad del medio ambiente, facilitar el acceso de

conexión con otras empresas prestadoras de los servicios públicos, colaborar con las autoridades en los eventos de emergencia o calamidad pública y la comunicación efectiva con las respectivas entidades de regulación (L. 142, 1994).

### 3.3.2 Consejo de Estado

De otra parte, el Consejo de Estado, en Sentencia del 14 de junio de 2001, de la Sección Primera, con ponencia del Consejero Camilo Arciniegas Andrade, al resolver una acción de nulidad contra el Decreto 2668 del 24 de diciembre de 1999, por el cual se reglamentan los artículos 11 en sus numerales 11.1, 11.6 y 146 de la Ley 142 de 1994, , denegó las súplicas de la demanda, con fundamento en el análisis que realizó sobre la iniciativa privada y la función social de los servicios públicos.

En esta sentencia se evaluó la decisión presidencial de obligar a las compañías a pasar una facturación de aseo y alcantarillado conjunta con el fin de facilitar el acceso a la información por parte de los usuarios. La razón de la decisión, tuvo como eje central que el derecho a la libre iniciativa privada, la libertad económica, la libertad de empresa, la libre competencia económica y la autonomía privada no son derechos absolutos. Señala la Sección Primera de la jurisdicción Contencioso Administrativa:

Síguese de lo anterior que el derecho a la libre iniciativa privada, la libertad económica, la libertad de empresa, la libre competencia económica y la autonomía privada no son derechos absolutos. A ellos se superpone La eficaz protección del interés público mediante la adopción de medidas que aseguren la continuidad en la prestación de los servicios de saneamiento básico, pues como bien lo señala el

artículo 365 los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado, y es deber de las autoridades intervenir en los servicios públicos para asegurar su prestación eficiente y oportuna.

Fuerza es concluir que bien puede el Presidente, en ejercicio de sus competencias constitucionales de intervención en esta materia, por razones de interés público, hacer obligatoria la facturación conjunta de los servicios públicos domiciliarios con el de aseo y alcantarillado, por excepción al carácter facultativo, de autonomía de la voluntad y de libertad de empresa que, por regla general y salvo estas razones, establecen los artículos 333, 334 y 365 a 370 C.P. y la Ley 142 de 1994 que los desarrolla en el campo de los servicios públicos domiciliarios. (C.E, Sección Primera, 11001-03-24-000-2000-6421-01(6421), p. 9, 2001).

Pues bien, de la ratio decidendi del fallo previamente citado se colige que como la libre competencia no es un derecho absoluto, queda ubicado en el plano de un derecho subjetivo que puede ser limitado en cualquiera de los eventos citados en reglones anteriores.

### **3.4. Regulación de los servicios domiciliarios.**

Un tema importante en la regulación de los servicios públicos domiciliarios es el relativo a la libertad tarifaria. Al respecto, el Banco Mundial establecía que las tarifas tendrían que ser definidas directamente por los costos marginales de producción, para poder tener unas empresas públicas sostenibles financieramente y que garantizar el crecimiento, a través de la inversión realizada, que en última instancia proviene de los usuarios.

Esta visión resulta irreconciliable con la realidad debido a los desfases en los tiempos, ya que, por las características de las inversiones, los usuarios podrían pagar con alzas importantes a corto plazo, inversiones que durarían medio siglo (Gilbert, 1990). Debido a esto el artículo 88 de la Ley 142 de 1994, estableció que:

Al fijar sus tarifas, las empresas de servicios públicos se someterán al régimen de regulación, el cual podrá incluir las modalidades de libertad regulada y libertad vigilada, o un régimen de libertad, de acuerdo a las siguientes reglas:

88.1. Las empresas deberán ceñirse a las fórmulas que defina periódicamente la respectiva comisión para fijar sus tarifas, salvo en los casos excepcionales que se enumeran adelante. De acuerdo con los estudios de costos, la comisión reguladora podrá establecer topes máximos y mínimos tarifarios, de obligatorio cumplimiento por parte de las empresas; igualmente, podrá definir las metodologías para determinación de tarifas si conviene en aplicar el régimen de libertad regulada o vigilada.

88.2. Las empresas tendrán libertad para fijar tarifas cuando no tengan una posición dominante en su mercado, según análisis que hará la comisión respectiva, con base en los criterios y definiciones de esta Ley.

88.3. Las empresas tendrán libertad para fijar tarifas, cuando exista competencia entre proveedores. Corresponde a las comisiones de regulación, periódicamente, determinar cuándo se dan estas condiciones, con base en los criterios y definiciones de esta Ley. (L. 142, 1994).

Directamente relacionado con el tema tarifario, se encuentra el de los subsidios, asunto tratado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-086 de 1998, con ponencia del Magistrado Jorge Arango Mejía. En la providencia, se analiza la facultad del legislador para imponer contribuciones de tal manera que quienes tienen mayores recursos, subsidien a la población que no pueden pagarlos valores reales por la prestación de los servicios recibidos.

De esta manera, se busca que toda la población tenga acceso a los servicios públicos y pueda cubrir sus necesidades básicas insatisfechas, en aplicación del principio de solidaridad que consagra el numeral 9° del artículo 95 de la Constitución, según el cual, es deber de las personas que habitan en el territorio colombiano "*contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de justicia y equidad*", en concordancia con el artículo 2° de la Constitución, según el cual el Estado debe promover la prosperidad general. (Cursivas del texto). (C.C, C-086/98, p. 11, 1998).

Además de este recurso financiero, la Corte se extiende y explica los alcances de los artículos 86 y 87 de la ley 142 de 1994, en cuanto al tema de subsidios tarifarios cruzados en los que se deben tener en cuenta los siguientes parámetros:

- 1. Su monto no puede ser mayor al 20% del valor del servicio (artículo 89.1)...**
- 2. Sólo los usuarios industriales y comerciales, y los de los estratos 5 y 6 están obligados a efectuar el pago de este "subsidio" (artículo 89.1)...**
- 3. El recaudo corresponde a las empresas que prestan el servicio...**
- 4. Las sumas recaudadas tienen como fin subsidiar parte del costo del servicio en los estratos 1, 2, y 3...** (Negrillas del texto) (C.C, C-086/98, p.12, 1998)

En esta Sentencia a la que se viene haciendo referencia, la Corte Constitucional, estudia la realidad de los servicios públicos domiciliarios, en cuanto está supeditada, no solamente a las capacidades técnicas o financieras de los proveedores, pues igualmente se ha de consultar la demanda y capacidad de pago de los usuarios, ya que son éstos últimos quienes financian el crecimiento y la expansión de la cobertura.

En ese orden de ideas, las fórmulas que se utiliza para fijar las tarifas de los servicios no se determinan únicamente por el consumo, se deben incluir los costos de inversión a largo plazo, entre otros aspectos. Debido a que estos incrementos, no pueden ser sufragados por parte de la población vulnerable, han de ser subsidiados por otros sectores: específicamente los estratos socioeconómicos 5 y 6 y las entidades comerciales e industriales.

Siguiendo la Jurisprudencia referida, en el modelo de servicios públicos de nuestro país, la libre competencia es un derecho subjetivo limitado, que se complementa con otros derechos constitucionales, pues así lo ordena la parte dogmática de la Constitución Política, de tal manera que la autoridad administrativa puede por mandato constitucional limitar la iniciativa privada y conducir el orden económico de su Nación e imponer como impuesto el sobrecosto de los servicios públicos domiciliarios, todo ello en aplicación del principio de eficiencia, con ventajas competitivas y en condiciones de continuidad y calidad, sin que tal decisión pueda ser considerada como una práctica anticompetitiva.

La anterior afirmación, surge del análisis de la acción social, justamente frente a la existencia de una estratificación social y visualizando su prestación como un concepto omnicomprendido, con una función social que en su sentido más fuerte se entiende como la actividad dirigida a orientar los individuos en la observancia de comportamientos, conforme a

finalidades generales de orden y paz social (Ferrari, 2006), es esta la columna vertebral del Estado Social, que permite acompañar la libre competencia con otros derechos constitucionales.

Bajo el mismo esquema de pensamiento, vale la pena traer a colación la figura consagrada en el artículo 40 de la Ley 142 de 1994, relativo a las áreas de servicio exclusivo, en las que se puede acordar la exclusividad de una empresa y sólo ella puede ofrecer los mismos servicios durante un tiempo determinado. Si por el contrario, la Comisión de Regulación no ha establecido áreas exclusivas, se puede crear un esquema transitorio, como el que se debió implementar el Distrito capital de Bogotá en el año 2012, cuando se vio avocada a crear un esquema transitorio de basuras que le permitiera la cobertura total del servicio, así como la implementación de políticas inclusivas en favor de la población recicladora, según lo ordenó la Corte Constitucional en la sentencia T – 724 del 20 de agosto de 2003.

Decisión administrativa, que en criterio de esta investigadora fue mal interpretada por la Superintendencia de Sociedades, al sancionar al Distrito, por una actuación que en concepto del ente de control evidenciaba una práctica anticompetitiva. La Superintendencia, no hizo un análisis de las causas por las cuales se profirió la norma local - Decreto 564 de 2012, elemento que desde la sociología del derecho debe ser tenido en cuenta al integrar el control social jurídico (Losada, 1967), pues tanto el mercado como el derecho, son fenómenos sociales que deben evaluarse, con rigurosidad científica (Barragán, 1940), que si se sacan de este contexto se enmarca en una discusión estéril, que llevan como en el ejemplo planteado, a una teoría del liberalismo clásico, dando más peso al interés intrínseco de los empresarios prestadores del servicio, cuyos postulados defienden formas mercantilizadas para el suministro de servicios (McDonald & Ruiters, 2013), en desmedro del consumidor.

Si bien la Corte Constitucional -como se ha expuesto previamente- ha respaldado que la libre empresa e iniciativa privada están sujetas a la función social, en el caso de los servicios públicos domiciliarios, en lo relacionado a estos, la controversia sigue hoy vigente en Colombia.

### **3.5. Caso del modelo de recolección de basuras - alcaldía Gustavo Petro**

El ejemplo por antonomasia de esta situación es la sanción de la Superintendencia de Industria y Comercio a la alcaldía de Gustavo Petro.

En el año 2014, la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante SIC), por medio de las Resolución N° 25036 de 2014) y confirmada mediante Resolución N°53788 de 2014, sancionó a varias entidades distritales, al igual que a personas naturales. En dichas Resoluciones se ordenó a la administración distrital que debía sujetarse el esquema de recolección de basuras de la ciudad de Bogotá, al régimen de libre competencia o establecer un modelo de Áreas de Servicio Exclusivo. (Superintendencia de Industria y Comercio, 2014).

Con estas decisiones, se puede evidenciar que el modelo de la economía neo-liberal sigue siendo la corriente de pensamiento predominante en las autoridades administrativas encargada del ejercer control y vigilancia a los que prestan los servicios públicos y que por mandato de la Constitución es propia de un Estado Social de Derecho.

De otra parte, la Corte Constitucional en la Sentencia T-724 del 2003, avoco el estudio de la situación de los recicladores en la ciudad de Bogotá, propiciada por la demanda interpuesta por la Asociación de Recicladores de Bogotá, - ARB y algunas personas naturales. Esta acción de tutela estaba dirigida contra el Distrito Capital de Bogotá, pues considerar que dicha entidad desconocía los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, al trabajo y a la

actuación de buena fe. En el acápite de la demanda que debía exponer el concepto de vulneración, se argumentó que para la época de presentación de la demandante, la población recicladora no fue tomada en cuenta al momento de licitar los contratos de basura, pues las condiciones para participar en estas licitaciones solamente las satisfacían los operadores privados y que ya venían prestando dichos servicios. En palabras de los demandantes existía un “sistemático y antiguo manejo parcial que les impide a los recicladores ingresar a la prestación formal del servicio” (C.C, T-724, p. 5, 2003).

La población que se dedica al reciclaje como oficio en la ciudad de Bogotá puede considerarse como marginada de los procesos productivos del ente distrital, pese a que sus labores ponen en riesgo su propia salud e integridad. En estudio realizado por la Universidad de Antioquia, se concluye que la exposición de los recicladores a materiales en descomposición (Ballesteros, 2008), es fuente de microorganismos causantes de diferentes enfermedades que corresponden con los desechos de las casas, que pueden potenciar el *Toxoplasma Gondii*, una enfermedad causante de abscesos cerebrales y problemas congénitos (Alvarado, Liesenfeld, Márquez, Cisneros, Martínez & García, 2008). Además, el estudio revela que las condiciones de protección, tales como la existencia de guantes o vestidos de cuerpo completo y tapabocas, ayudan a disminuir el riesgo de contagio, que es muy alto en esta población.

Dentro del acervo probatorio allegado, la Corte Constitucional encontró que dentro del pliego de condiciones para contratar se incluía la recolección de material recuperable, como actividad de obligatorio cumplimiento por parte de los concesionarios, mediante una ruta de recolección selectiva y disposición de los mismos en los centros de reciclaje que se asignarán a las localidades que hacen parte de las áreas de servicio exclusivo (ASE). La Corte dijo:

No se incluyó por parte de la Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos del Distrito Capital ninguna medida efectiva que permita la participación de la Asociación de Recicladores de Bogotá, como grupo marginado de la sociedad, tendiente al mantenimiento y fortalecimiento de la actividad que han venido desarrollando a través del tiempo, como medio de subsistencia.

Si bien, de acuerdo con el Pliego de Condiciones, los proponentes y concesionarios que resulten seleccionados deben tener en cuenta que el 15% de los operarios que se requieran para la realización de la actividad de corte de césped, deberá ser seleccionado con personas en situación de desplazamiento y recicladores, esta medida no reporta ninguna protección eficaz de la actividad de reciclaje que vienen desempeñando los recicladores. En primer lugar, porque la actividad a desarrollar es diferente a la de reciclaje, esto es, el corte de césped; en segundo lugar, porque se acentúa las condiciones de marginamiento de casi la totalidad de esa población, teniendo en cuenta que el 15% de los operarios que se piensa vincular para el corte de césped, está compartido por otra población en condiciones de debilidad manifiesta, como son los desplazados.

Es más, con el tratamiento otorgado por la Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos del Distrito de Bogotá se acentúa las condiciones de marginamiento y discriminación social de la población de recicladores, toda vez, que el reciclaje de los materiales sólidos reutilizables quedará en manos de los operadores del sistema, del cual se excluyó a la Asociación de Recicladores de Bogotá. (C.C, T-724, p. 17, 2003).

Por las razones expuestas, la Corte Constitucional previno a la Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos del Distrito Capital de Bogotá, para que en futuras ocasiones incluya acciones afirmativas a favor de los recicladores del Distrito Capital. También exhortó al Concejo para que en el proceso de contratación se incluyeran acciones afirmativas de grupos marginados o discriminados históricamente.

La Corte Constitucional en el Auto N°268 del 30 de julio de 2010 le ordenó a la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos - UAESP, incluir como requisito habilitante el que las propuestas se pudieran presentar por organizaciones de segundo nivel, en donde participaran los recicladores del distrito Capital. Así mismo, ordenó la modificación del pliego de condiciones en el sentido de incorporar dos nuevos criterio de calificación, el primero hacía referencia a la participación accionaria de la organización de recicladores y el segundo que tenía que ver con la magnitud de los residuos sólidos en cuanto a su aprovechamiento.

En el auto 275 del 2011, la Corte Constitucional declaró el incumplimiento por parte de la Administración de las órdenes realizadas en la Sentencia T-724 del 2003, por lo que dejó sin efecto la licitación pública No. 001 de 2011, ordenó a la Alcaldía Mayor de Bogotá a definir un esquema de metas a cumplir en el corto plazo con destino a la formalización y regularización de la población de recicladores.

Posteriormente, la Corte Constitucional profirió el Auto N°284 del 19 de abril de 2012, en hace referencia al oficio recibido por parte de la Comisión Reguladora de Agua Potable - CRA, en el que señala la necesidad de implementar áreas de servicio exclusivo para la actividad de aprovechamiento, y al respecto la Corte indica la necesidad de coordinar entre las distintas

entidades administrativas las múltiples actuaciones complejas, por lo que le solicitó ampliación hasta el 2013, para la expedición del nuevo marco tarifario.

Es entonces cuando en el año 2012, el Distrito Capital decidió avanzar con el proyecto *Basura Cero*, y así cumplir lo ordenado la Corte Constitucional, para lo cual decide la administración aprovechar la existencia de la empresa de Acueducto de Bogotá y radicar en ella la prestación del servicio de basuras en la capital, con tal cometido se profirió el Decreto Transitorio N°564 del 2012.

### **3.5.1. Análisis de la sentencia del Juzgado Tercer Administrativo**

El Decreto 564 del 2012, señalado en el acápite anterior, fue demandado por inconstitucional, correspondiéndole el conociendo, en primera instancia, al Juzgado Tercero Administrativo de Oralidad de Bogotá, que en sentencia del 12 de febrero de 2014, negó las pretensiones de la demanda. En dicha providencia se describió el escenario previo a la expedición del Decreto Transitorio, determinando que para la fecha de expedición del Decreto objeto de análisis, no se había efectuado pronunciamiento respecto a las áreas de servicio exclusivo, por parte de la Comisión Reguladora, pese a que la misma había resaltado su importancia ante la Corte Constitucional. De otro lado, los contratos de concesión N°013, N°014, N°015 y N°106 de 2012, terminaron en el mes de diciembre de 2012, lo que se probó con el oficio radicado en el Juzgado el 17 de octubre de 2013, suscrito por el Subdirector de Asuntos Legales de la Unidad Administrativa Especial de servicios Públicos - UAESP.

En la motivación de la sentencia de primera instancia, se citó la sentencia C-263 del 8 de mayo de 2013, en la cual la Corte Constitucional, haciendo un análisis armónico de los artículos

1, 2, 333,334,335 y 365 de la Constitución Política, explicó cómo el mandato superior, atiende a un modelo de economía social, de modo tal que el mercado como instrumento de asignación de recursos debe ajustarse a la facultad del Estado como redistribuidor de los recursos, que lo obliga a intervenir en la economía tanto para enmendar las fallas del mercado, como para promover el desarrollo económico y social.

Concluyó el Juzgado, que según los parámetros de la Corte Constitucional, en el Acto acusado se implementó un modelo transitorio que le permitía desarrollar acciones afirmativas a favor de la población recicladora y lo hizo de esta manera en atención a que no estaba en condiciones de realizar la invitación a licitación pública, pues para ello se necesitaba determinar las áreas de servicio exclusivo sin que para la fecha de expedición del decreto se hubiera cumplido con tal cometido, pues la Comisión Reguladora de Agua Potable – CRA - se encontraba realizando tal análisis sin determinación específica alguna; lo anterior sumado a que la prórroga de los contratos existentes, vencía justamente en diciembre de 2012. De tal manera que, en el modelo de prestación de los servicios públicos, se deben ponderar derechos constitucionales, que se compagine con el respeto a los derechos humanos y la prestación eficiente de tales servicios, concluyendo que se le puede colocar límites al principio de la libre competencia, para garantizar que la prestación no se interrumpa y que se incluya a población recicladora.

- **3.5.1.1. Hechos relevantes**

La prestación del servicio de aseo se prestaría por La Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos - UAESP - hasta el 22 de diciembre de 2012, fecha de vencimiento de contratos por medio de contratos de concesión con otras entidades. Terminados los contratos se

procedería a permitir la aplicación de la libre competencia de acuerdo con lo señalado por la ley 142 de 1994. Pero la administración distrital anunció que la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá – EAAB, una vez realizado los cambios respectivos en sus Estatutos, con respecto al objeto social de la entidad, prestaría el servicio de limpieza, barrida y recolección de basuras de Bogotá en desarrollo de un contrato interadministrativo celebrado entre la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos - UAESP - con la Empresa de Acueducto y Aseo de Bogotá - EAAB.

Tanto la Contraloría como la Procuraduría cuestionaron a la administración y le indicaron que debería tener en cuenta la normatividad vigente, antes de tomar decisiones sobre estas funciones he resaltaron la necesidad de realizar la modificación del objeto social de la Empresa de Acueducto y Aseo de Bogotá - EAAB para poder hacerse cargo del sistema de recolección de basuras. Posterior a esto, se inició investigación por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio en procura de revisar la capacidad de asumir el rol por parte de la prenombrada empresa.

- **3.5.1.2. Aspecto jurídico considerado**

Los demandantes consideraban que el decreto debía ser declarado nulo, básicamente por: ir en contra la función administrativa; abusar de la posición dominante y finalmente por poner en riesgo el patrimonio público. La petición de nulidad del Decreto 564 de 2012, la fundamentan en: ser improcedente y por falta de motivación y vulnerar los artículos 6, 121, 333, 334, 365 y 367 de la Constitución Política; y también el artículo 1 del Decreto 2436 de 2008; artículos 10, 22, 23 y 146 de la Ley 142 de 1994.

En las sentencias del Proceso acumulado 11001-3334-004-2013-00054-00 y 11001-3334-003-2013-00131-00, 2014, el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Bogotá. Sección Primera, resalta los argumentos de los demandantes en los siguientes aspectos:

El acto también desconoce abiertamente tanto el derecho de los usuarios al elegir el operador que más le convenga y mejores opciones en el servicio ofrezca; como los derechos de los empresarios y demás prestadores u operadores por cuanto les limita el desarrollo de su actividad propia, reconocida dentro del marco normativo... Para el demandante, es evidente que la norma acusada pretende desconocer tanto el modelo de la libre competencia asignando el servicio exclusivo para que lo preste una sola entidad para toda la ciudad; desconoce los derechos de los usuarios y demás prestadores del servicio, y ejerce abuso de la posición dominante, so pretexto de garantizar los derechos de los recicladores. (JTAB, Sección primera, 11001-3334-004-2013-00054-00 y 11001-3334-003-2013-00131-00, 2014)

Así mismo la corporación judicial resaltó los argumentos de la defensa del Distrito, resaltando lo siguiente frente a la libre competencia:

... la misma no genera un derecho absoluto y sus alcances están determinados por los principios, valores y fines del Estado. La interpretación aislada de algunas disposiciones constitucionales sobre la libre competencia, desconoce que el orden constitucional es uno solo y que la adecuada interpretación de sus disposiciones trasciende la letra de cada uno de sus artículos...competencia hay que hacer notar la dificultad práctica de permitir una "libre competencia" en el

servicio de aseo, porque conllevaría la posibilidad de que cada usuario escogiera un prestador diferente, lo que llevaría a que un sin número de prestadores tuvieran que hacer recorridos por las mismas zonas recogiendo la basura de sus usuarios haciendo caótico el tráfico y encareciendo el valor del servicio, sin poder distinguir cuáles desechos corresponden al usuario propio y cuáles al de otro. Esto atenta precisamente contra la planificación y eficiencia en la prestación del servicio, lo que el Distrito Capital tiene que evitar, por expreso mandato constitucional y legal. (JTAB, Sección primera, 11001-3334-004-2013-00054-00 y 11001-3334-003-2013-00131-00, 2014)

- **3.5.1.3. Problema jurídico**

El problema jurídico planteado por el juzgador se concreta en preguntarse si:

¿Con la expedición del Decreto 564 del 10 de diciembre de 2012, se desconoce el Estado Social de Derecho y por ende las normas constitucionales y legales invocadas en las demandas acumuladas, al excluir el esquema de libre competencia, los derechos de los usuarios, propiciando prácticas de competencia desleal y abuso de la posición dominante? (JTAB, Sección primera, 11001-3334-004-2013-00054-00 y 11001-3334-003-2013-00131-00, 2014)

- **3.5.1.4. Postura Jurídica del Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Bogotá. Sección Primera**

Quien desarrolla la presente investigación, actuó como juez de conocimiento en el caso en comento y es por ello que se permite presentar en forma esquemática los elementos que tuvo a bien considerar para resolver el conflicto en primera instancia. Como se ha venido explicando, el

## **LA LIBRE COMPETENCIA EN LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS**

75

conflicto se origina en la implementación del esquema transitorio de basuras del Decreto 564 del 10 de diciembre de 2012 puesto en marcha por el señor Gustavo Petro como alcalde de Bogotá.

El análisis jurídico para resolver, en sede judicial, el caso en concreto, giró alrededor de tres ejes temáticos, que se esquematizan a continuación:

### **Origen del Conflicto.**

La Corte Constitucional mediante Sentencia T-724 de 2003, ordenó a la alcaldía de Bogotá, ejecutar acciones afirmativas en favor de la población denominada recicladores, quienes venían soportando la misión de hacer el reciclaje de los desechos sólidos de la ciudad antes del transporte al respectivo relleno; mediante Auto 268 del 30 de julio de 2010, ordenó la modificación de la licitación 01 de 2010, con el propósito de incluir como requisito habitante las propuestas que presenten los recicladores; mediante Auto 284 del 18 de abril de 2012, la Corte consideró necesario implementar las áreas de servicio exclusivo por petición de la Comisión Reguladora de Agua Potable y con estos dos criterios se dictó el Decreto Transitorio 564 de 2012 de la alcaldía de Bogotá.

### **Antecedentes del régimen económico constitucional del Estado con referencia a los servicios públicos.**

El marco constitucional influye en el desarrollo de los Estados, por cuanto para el caso específico determina como se prestan los servicios públicos; en la sentencia, se tuvo en cuenta la distinción entre régimen intervencionista y benefactor del Estado vigente hasta 1991 y el régimen de libre mercado con la simple intervención de control por parte del Estado, mediante las superintendencias y de regulación por las comisiones de regulación, adelgazándose y dejando la prestación de servicios públicos a la iniciativa privada.

### **Ponderación entre los derechos de libre competencia y los derechos de la población recicladora y de los usuarios del servicio, en el marco del Estado Social de Derecho.**

En la providencia, se expresó como el tema de servicios públicos se encuentra contemplado en nuestra Constitución económica y por sí implica un modelo competitivo, pero dentro de un Estado Social de Derecho, que garantiza el acceso o entrada a la libre competencia de mercados para el mayor número de competidores, esto es, la misión de la Comisión de Regulación es motivar la competencia y evitar el monopolio y las demás formas de distorsión del mercado, por tanto la asociación de los recicladores, desde la orden de la tutela referida tienen acceso al libre mercado.

Se debe garantizar igualmente el acceso a los servicios públicos desde el punto de vista del usuario, lo cual implica cierta distorsión a la relación costo más utilidad con respecto a la tarifa que va pagar la población que por el factor económico puede resultar excluida, tomando las medidas pertinentes tal como lo hizo el alcalde en el decreto transitorio observado, se integra una economía social de mercado, con una perspectiva más incluyente, de ahí que en las áreas de servicio exclusivo deba el Estado garantizar la prestación de los servicios. En la sentencia de primera instancia, se concluyó:

La libertad de empresa y la libre iniciativa privada son derechos de los empresarios que se pueden ejercer ponderando los derechos de los demás, especialmente los de interés común, las normas de ética universales, principios y valores constitucionales y legales de tal forma que se pueda desarrollar la libre competencia con responsabilidad social” (JTAC, Sección primera, ST 1202, 2013)

El fallo de primera instancia emitido por el Juzgado, fue apelado y la Sala Plena del Consejo de Estado, dando aplicación al artículo 111 numeral 3 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, avocó conocimiento, por tratarse de un caso de importancia jurídica, atendiendo al efecto social y económico, de clara relevancia en el tejido de la prestación de los servicios públicos, la competencia económica, la libertad de empresa y los modelos de prestación de servicios, siendo según se informa en el auto del órgano de cierre, la primera vez que ejerce la facultad prevista en la citada norma. A la fecha en que se ha terminado la presente investigación, no se ha proferido fallo en el alto tribunal contencioso y aún se están surtiendo los trámites del registro del proyecto de sentencia (C.E, Sala Plena, Rad 00131-01, 2012).

### **3.5.2. Actuaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio**

En el 2013 la delegada para la protección de la Libre Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio abrió una investigación para comprobar si la alcaldía de Bogotá, la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos y Acueducto Bogotá obraron contrariando lo señalado en artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el numeral 10 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (SIC, 2014). Esta investigación se originó en la queja formulada por los operadores del servicio de aseo en Bogotá: *Consortio Aseo Capital S.A. E.S.P (Aseo Capital)*, *Aseo Técnico de la Sabana S.A. E.S.P. (ATESA)*, *Ciudad Limpia Bogotá S.A. E.S.P. (Ciudad Limpia)* y *Limpieza Metropolitana (LIME)*.

La defensa de la administración se trabajó en tres ejes principales, el primero consistía en exponer que el modelo de libre competencia era ineficiente en una ciudad como Bogotá y que la forma más rápida de poder cumplir con las órdenes de la Corte era a través de un operador público. El segundo eje consistía en exponer que la elección del modelo de recolección recaer

sobre el distrito, ya que cómo lo expuso la Corte Constitucional en la Sentencia T-021 de 2005, la determinación de la convivencia de las ASES recae netamente en la cabeza del ente territorial. El tercer eje sobre el cual se basó la defensa del Distrito fue la de exponer que existen excepciones a la libre competencia.

Por su parte la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos (UAESP) argumentó la figura de prestación de servicios públicos como finalidad del Estado. Esto como se ha expuesto previamente, tiene sus bases en los artículos de la Constitución Política, concretamente en los artículos: 2, 311, 315, 333, 334, 365 y 367. De igual manera, recordaron los pronunciamiento de la Corte Constitucional que precisan que en un Estado Social de Derecho, la libertad económica no es absoluta, pues la propiedad tiene una función social y como la iniciativa privada se garantiza, pero está sujeta a dar prelación al interés colectivo.

Así mismo, la UAESP citó el pronunciamiento de la misma Corte Constitucional en la Sentencia que en C-504 de 1995. Expuso:

... de los artículos 333 y 334 de la Constitución Política se deduce que la protección de los derechos como la libre competencia, la libertad de empresa, y la iniciativa privada, se encuentran supeditados siempre al interés público y al bienestar general. (C.C, C-504, p. 5, 2000).

No obstante, la Superintendencia de Industria y Comercio decidió en el 2014 sancionar al Distrito pues consideraron que este diseñó e implementó de un esquema de prestación de servicios, con el propósito de ser cubierto al 100% por una empresa distrital (Empresa de Aseo y Alcantarillado de Bogotá), algo que -según ellos- creó una monopolización del mercado, lo que

no está permitido por la Ley 142 de 1994. De esta forma, esta Superintendencia, además de la sanción pecuniaria, ordenó lo siguiente:

Ordenar a La Unidad Administrativa Especial De Servicios Públicos, La Empresa De Acueducto. Alcantarillado Y Aseo De Bogotá E.S.P., Y Aguas De Bogotá SA. E.S.P. adecuar el esquema de recolección de basuras vigente en la ciudad de Bogotá a la fecha de expedición de la presente Resolución a lo dispuesto en la Ley 142 de 1994, y en consecuencia. Otorgar un plazo de seis (6) meses para que entre en operación un régimen de libre competencia pura y simple, o un régimen de competencia con áreas de servicio exclusivo, según determine el Distrito de Bogotá, en los términos del artículo 365 de la Constitución Política de Colombia y el artículo 40 de la Ley 142 de 1994: régimen que en cualquier caso deberá involucrar la participación de la población recicladora en los términos establecidos en Sentencia T-724 de 2003, Auto 268 de 2010. Auto 183 de 2011 y Auto 275 de 2011. (Res.25036, art. 4, pág. 159, 160, 2014)

El plazo de seis meses que brindó la Superintendencia de Industria y Comercio -SIC - hubiera vencido el 30 de marzo del 2015 de no haber sido por la suspensión que ordenó la Corte Constitucional de esa orden. Efectivamente, la Corte Constitucional, en el Auto 0389 de 2015, decidió suspender la fecha límite, pues consideró que, si se hacía, podía poner en peligro los avances que se habían realizado para la inclusión de los recicladores de oficio en el esquema de basuras (C.C, Auto 0389, 2015). Es por esto que, si bien la Corte le expuso a la administración su necesidad de seguir trabajando para cumplir con la sanción y los requisitos de la Superintendencia de Industria y Comercio - SIC, de establecer un esquema de libre competencia

pura y simple o uno de competencia con áreas de servicio exclusivo suspendía el límite de su ejecución. Sin embargo, la Corte reactiva el plazo decretado por la Superintendencia de Industria y Comercio en el Auto 587 del 2015, por medio del cual declaró que la UAESP debía retomar la transición hacia un modelo de libre competencia pura y simple o uno con ASES. (Áreas de servicio exclusivo).

## Conclusiones y Recomendaciones

La teoría sobre la prestación de servicios públicos domiciliarios ha evolucionado de acuerdo a la sociedad dentro de la cual se estudia y se ha presentado cierto avance al recurrir al derecho comparado y ha servido de modelo las características de este servicio que se presentan en sociedades como la norteamericana y su regulación dada a principios del siglo XX. De allí que el modelo bajo el cual se opera en la actualidad en nuestro país es una combinación del neoliberalismo y los principios del Estado Social de Derecho consagrado en nuestra Constitución Política, razón por lo cual ha resultado muy pertinente para la presente investigación, acudir a la interpretación que la Corte Constitucional ha dado a los principios constitucionales que orientan el tema y a los desarrollos y consecuencias originadas en la aplicación de la regulación plasmada en la Ley 142 de 1994 que como se ha dejado claro en el presente trabajo giran en torno al modelo de economía social de mercado.

Como se ha podido demostrar, el modelo neoliberal de libre competencia y antimonopolios, ha tenido en América Latina una fuerte influencia en el proceso económico y por tanto la prestación de servicios públicos, entendida como una actividad de mercado, no ha sido la excepción. Empero, pese a que las condiciones de Colombia difieren de las suyas, no es posible mantenerse al margen de las dinámicas globales, por lo que se debe realizar una lectura del sistema jurídico, con la intervención de nuevas formas de organizaciones que superan los límites mismos de la nación y que se insertan dentro del marco de lo que se denomina pluralismo jurídico, que involucra, tanto la ley del propio Estado, como las que surgen en el proceso mismo de globalización; para interpretar dentro del propio espacio discursivo, la prestación eficiente de

los servicios públicos, con la ganancia esperada no solo en capital económico sino de bienestar general.

Uno de los aspectos a resaltar de la presente investigación hace referencia en la trascendental importancia que tiene el hecho de vincular estrechamente a las fines del Estado la prestación de los servicios públicos en Colombia. Los servicios Públicos deben ser ofrecidos a todos, independientemente de los ingresos. Incluso, si los servicios públicos no se prestan por entidades públicas o con financiación del Estado, este las debe garantizar y generalmente están sujetos a directrices que van más allá de las que comúnmente se aplican a la mayoría de los sectores económicos, porque el Estado es quien debe garantizar que se presten de manera efectiva así el directamente no sea el prestador del servicio.

Las características principales de un servicio público son los bienes públicos (que no son rivales y no excluibles), pero la mayoría son servicios que pueden (según las normas sociales vigentes) ser insuficientemente provistos por el mercado. En la mayoría de los casos, los servicios públicos son servicios, es decir, no implican la fabricación de bienes. Pueden ser entregados por monopolios locales o nacionales, especialmente en sectores que son monopolios naturales.

Un servicio público competente es vital para crear un clima de inversión favorable y facilitar la participación de las personas en la vida económica. A veces, los servicios públicos se privatizan. Hay varias formas de privatizar los servicios públicos. Se puede establecer y vender una empresa de libre mercado a inversores privados, renunciando por completo al control gubernamental. Por lo tanto, se convierte en un servicio privado (no público). Otra forma, se da cuando una empresa privada gestiona un monopolio natural, la corporación está más controlada

para evitar el abuso del poder de monopolio, y teniendo siempre en cuenta que, aunque sea privada tiene un carácter de servicio público que el Estado le delega por lo cual tiene una función social, dado que, aunque se delega la prestación todo esto lo hace el Estado en un esfuerzo por reducir costos, mejorar la eficiencia o mejorar los servicios.

Entendiendo por tanto, que dentro de la función social de la empresa privada, la libre competencia en la prestación de servicios públicos, es un derecho que puede ser limitado por la autoridad del Estado, cuando éste deba ofrecer una cobertura total del servicio, en condiciones de calidad y eficiencia a una población, que como la nuestra se encuentra en su mayoría en precarias condiciones económicas y que además deben ser partícipes de las ganancias esperadas, como es el caso de las acciones afirmativas.

La autoridad legítima para sancionar las conductas contrarias al libre mercado es la comisión de regulación del respectivo sector, pues es su origen y su actuar especializado, los que la llevan a tomar decisiones en busca del equilibrio entre costos y beneficios sociales, dadas las condiciones de pobreza, ingresos, calidad del servicio, responsabilidad social de la empresa prestadora, sostenibilidad ecológica, eficiencia económica, poder decisorio de los usuarios, poder de discusión previo a la toma de decisiones, decisiones inicialmente transitorias a título de modelo productivo antes que medidas definitivas, pues no es posible en un Estado Social de Derecho adoptar decisiones sin previa consulta con los directamente involucrados, en este caso los usuarios. La Comisión se creó para armonizar objetivos económicos y no económicos, por ejemplo para corregir fallas del mercado, motivar la innovación, bajar costos de producción y en general, hacer efectivo el poder de la comunidad. La omisión, por tanto, debe ser neutral,

objetiva, orientada por criterios eminentemente técnicos y hacer uso de los mecanismos con que fue dotada y hace lograr una eficiente intervención.

Las superintendencias son organismos políticos, sancionadores y que por su misma definición dependen de sectores económicos poderosos y no tienen mayores facultades para regular el mercado, más que las multas. Tal vez hoy con las facultades jurisdiccionales de algunas superintendencias se trate de ampliar el marco de acción legal con el fin de parecerse al poder jurisdiccional de los jueces de la República.

El único poder legítimo, independiente que interviene para dar balance entre los poderes, y decidir con efectos de cosa juzgada definitiva a la actividad administrativa y del Congreso de la República es el poder judicial, por esta razón un juez de la República, en ejercicio de su función jurisdiccional y mediante una sentencia proferida con las garantías del debido proceso, intervino declarando la identidad entre el interés general, el interés de los excluidos y el libre mercado. Para el estudio de caso se buscó la creación de empresas formales radicadas en barrios o sectores pobres de la sociedad con el fin de que crezcan con alguna autonomía y que por sí funden una base económica que permitiese la iniciativa privada, la cultura del lucro, el interés propio, así tenga el Estado que usar incentivos económicos o alguna ventaja administrativa como una forma de intervención al uso de una comisión o autoridad con amplias facultades para regular el mercado.

El presente trabajo buscaba responder la pregunta: ¿Adopta la autoridad administrativa conducta anticompetitiva cuando impone límites a la libre competencia en la prestación de servicios públicos domiciliarios? El análisis realizado sugiere que en el caso de los servicios públicos, la conducta anticompetitiva no está contemplada como un fin en sí mismo, sino más

bien como una herramienta para poder garantizar la prestación de un servicio público, por lo que si se llegara a pensar en una política que pretendiera hacer uso de la posición dominante en beneficio de los usuarios o de una comunidad menos favorecida, se encontraría respaldada por la jurisprudencia de la Corte Constitucional al igual que por la misma Ley 142 de 1994.

Esta conducta anticompetitiva implica entonces que el servicio público no adquiera del todo un carácter empresarial o de venta, sino que mantiene su carácter de necesidad de los ciudadanos y de garantía del Estado que con base en el neoliberalismo se desprende de las manos del Estado para apegarse a la iniciativa privada, sin embargo, aunque llegara a imponerse una parte privada cuando esta imposición sea en beneficio de los usuarios, aun así esto sería válido ante el eje del Estado de bienestar.

Es debido a esto, que, en el caso planteado como ejemplo en el tercer capítulo, el esquema de las basuras dispuesto en el Decreto 564 de 2012, si bien bajo el ojo de la economía neoliberal, demuestra que la administración adoptó una medida “anticompetitiva”, en el concepto de esta investigadora, lo hizo con la idea de responder directa y eficientemente a las necesidades de una población vulnerable, vinculándose de manera evidente con los principios del Estado de bienestar y también de un Estado social de derecho, donde el ciudadano es el eje del impulso legal y administrativo de un país; aun cuando normalmente la función social de los servicios públicos se encuentra en el mejoramiento de la calidad de vida de los usuarios. En el caso analizado se encuentra a favor del proveedor, ya que catorce mil recicladores se ven beneficiados con las acciones afirmativas proferidas por la Corte Constitucional en el 2003, y a su vez el servicio se mantiene en firme prestándose a la comunidad, por lo que conviven las decisiones de particulares en la libre prestación de servicios públicos y las decisiones del Estado en el control e

## **LA LIBRE COMPETENCIA EN LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS**

86

inspección de esta prestación sin olvidar la libre competencia, pero sí, priorizando la garantía del servicio y los beneficios que se contraponen a esta.

Lista de Referencia

- Alesina, A., Glaeser, E. y Sacerdote, B. (2001). *Why Doesn't the United States have a European-Style Welfare State?*. Recuperado de <http://post.economics.harvard.edu/hier/2001papers/2001list.html>
- Allemand, R. (2007) Les distributeurs non-nationalisés d'électricité face à l'ouverture de la concurrence. *Annuaire 2007, Des Collectivités Locales* (27), 31-42. Recuperado de [www.persee.fr › coloc\\_0291-4700\\_2007\\_num\\_27\\_1\\_1860](http://www.persee.fr/coloc_0291-4700_2007_num_27_1_1860)
- Alonso, D. (2011). La verdad y las pruebas. Cuatro tesis sobre la literatura testimonial de Rodolfo Walsh. *Latin American Literary Review*, 39(78), 95-116. Recuperado de <http://ugc.elogim.com:2513/stable/41478095>
- Alvarado, C., Liesenfeld, O., Márquez-Conde, A., Martínez, S., & García-Corral, N. (2008). Seroepidemiology of Infection with *Toxoplasma gondii* in Waste Pickers and Waste Workers in Durango, Mexico. *Zoonoses & Public Health*, 55(6), 306-312. Recuperado de [www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed](http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed)
- Amador, L. (2011) *Los servicios públicos frente a las reformas económicas en Colombia*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Arias, F. (2010). *Servicios públicos domiciliarios: Análisis de la jurisdicción coactiva bajo el Marco de la libre competencia económica*. Bogotá, Colombia: Grupo Editorial Ibáñez.
- Atehortúa, A. (2005). *Servicios públicos domiciliarios: Legislación y jurisprudencia*. Medellín: Biblioteca Juridical Diké.

- Baldwin, P. (1990). *The politics of social solidarity: Class bases of the European welfare state, 1875-1975*. New York: Cambridge University Press.
- Ballesteros, V. (2008). Factores de riesgo biológicos en recicladores informales de la ciudad de Medellín, 2005. *Revista Facultad Nacional de Salud Pública*; 26 (2), 169-177.
- Barber, C. L. (1978). On the Origins of the Great Depression. *Southern Economic Journal*, 44(3), 432. doi: 10.2307/1057202. 1-26
- Barragan, R. (1940). La Sociología Jurídica. *Revista Mexicana De Sociología*, 2 (1), 103-111.
- Barreto, A. (2010). El servicio público de aguas en Bogotá durante la segunda mitad del siglo XIX y su relación con las reformas sociales. *Revista De Derecho Público*, 25. 5 – 33.  
Recuperado de  
[https://derechopublico.uniandes.edu.co/components/com\\_revista/archivos/derechopub/pub75.pdf](https://derechopublico.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechopub/pub75.pdf)
- Baum, R. (1943). *The Federal Power Commission and State Utility Regulation*. Columbia Law Review, 43(7), 1089. doi:10.2307/1117724
- Blyth, M. (2002). *Great transformations: Economic ideas and institutional change in the twentieth century*. New York: Cambridge University Press.
- Briggs, A. (1961). The Welfare State in Historical Perspective. *Eur J Soc European Journal of Sociology*, 2(02), 221-254. doi:10.1017/s0003975600000412
- Buchanan, N. S. (1936). The Origin and Development of the Public Utility Holding Company. *Journal of Political Economy*, 44(1), 31-53. doi:10.1086/254883

Campbell, D. A., & Robbins, L. (1934). The Great Depression. *The Australian Quarterly*, 6(24), 122. doi:10.2307/20629174

Castro, A.; Otero, P. & Garrocho A. (2017) *Corrupción y delito: aspectos de derecho penal español y desde la perspectiva comparada*, Dykinson. ProQuest Ebook Central, Recuperado de

<https://ugc.elogim.com:2117/lib/biblioulagrancolsp/detail.action?docID=5349625>

Chevallier, J. (2011). *El Estado Posmoderno*. Bogotá, Colombia: U. externado de Colombia.

Consejo de Estado [C.E.]. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, junio 14, 2001. M.P: C. Arciniegas. Sentencia 6421, radicado: 11001-03-24-000-2000-6421-01.

Recuperado de <http://www.suin.gov.co/viewDocument.asp?id=10000279>

Constitución Política de Colombia [Const. P.]. (1991) 2ed. Legis ed.

Contraloría General de la República [CGN], (1938). *Primer Censo Nacional de Edificios*,

Recuperado de [http://biblioteca.dane.gov.co/media/libros/LD\\_771\\_1938\\_V\\_2.PDF](http://biblioteca.dane.gov.co/media/libros/LD_771_1938_V_2.PDF)

Corte Constitucional [C.C.], junio 13, 1996. M.P: A. Barrera. Sentencia C-263/96. Colombia.

Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-263-96.htm>

Corte Constitucional [C.C.], agosto 20, 2003. M.P: J. Araujo. Sentencia T-724/03. Colombia.

Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/T-724-03.htm>

Corte Constitucional [C.C.], diciembre 15, 2015. M. P. G. Guerrero. Auto A-587 seguimiento Auto 089 de 2015, Auto 275 de 2011, Sentencia T-724 de 2003 y el Auto 268 de 2010. Colombia. Recuperado de

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2015/A587-15.htm>

Corte Constitucional [C.C], enero 20, 2005. M.P: M. Monroy. Sentencia T-021/05. Colombia.

Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/T-021-05.htm>

Corte Constitucional [C.C], junio 12, 1994. M.P: A. Martínez. Sentencia C-265/19. Colombia.

Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/c-265-94.htm>

Corte Constitucional [C.C], marzo 18, 1998. M.P: J. Arango. Sentencia C-086/98. Colombia.

Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/C-086-98.htm>

Corte Constitucional [C.C], marzo 26, 2015. M.P. G. Guerrero. Auto - A089 seguimiento al Auto

275 de 2011, Sentencia T-724 de 2003 y del Auto 268 de 2010. Colombia. Recuperado

de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2015/a089-15.htm>

Corte Constitucional [C.C], mayo 22, 2002. M.P: C. Vargas. Sentencia C-389/02.Colombia.

Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/c-389-02.htm>

Corte Constitucional [C.C], noviembre 11, 1999. M.P: E. Cifuentes. Sentencia C-579/1999.

Colombia. Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/C-579->

[99.htm](https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/C-579-99.htm)

Corte Constitucional [C.C], noviembre 28, 2014. M. P. G. Guerrero. Auto-366 Auto A275/11,

Sentencia T-724 de 2003 y del Auto 268 de 2010. Colombia. Recuperado de

<https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/Autos/2014/A366-14.htm>

Corte Constitucional [C.C], noviembre 9, 1995. M.P: J. G. Hernández. Sentencia C-504/95.

Colombia. Recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-504->

[95.htm](https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-504-95.htm)

Corte Constitucional [C.C], Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, diciembre 19,

2011. M. P. C. Henao. Auto - A275/11, seguimiento a la Sentencia T-724 de 2003 y al

Auto 268 de 2010.Colombia. Recuperado de

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2011/a275-11.htm>

Corte Suprema de Justicia. Sentencia Lochner v. Nueva York 45 198, abril 17, 1905. M.P. Rufus

Peckham. EEUU. Recuperado de

[https://issuu.com/verseau\\_000/docs/lochner\\_vs.\\_new\\_york](https://issuu.com/verseau_000/docs/lochner_vs._new_york)

Crichigno, P. (1992). Surgimiento del Estado de Bienestar y las Políticas Públicas en América

Látina (Documento de Estudio, Comisión para América Latina y el Caribe – CEPAL).

Recuperado de <https://ideas.repec.org/p/egr/col093/32709.html>

Decreto. 564/12, diciembre 10, 2012. Alcaldía Mayor de Bogotá (Colombia). Fecha de consulta

20 marzo de 2020. Recuperado de

<https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Normal.jsp?i=50832>

Decreto 2153/92 diciembre 30, 1992 Diario Oficial [D.O.] 40.704 (Colombia)

Decreto 2436/08 julio 03, 2008. Presidencia de la República (Colombia). 12/01/2020 (Fecha de

Consulta). Recuperado de <http://www.suin->

[juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/1872854](http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Decretos/1872854)

Decreto 2668/99, diciembre 24, 1999. Ministerio de Desarrollo Económico (Colombia).

12/01/2020. Recuperado de

[http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=legcol&document=legcol\\_759920419ec3](http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=legcol&document=legcol_759920419ec3)

[f034e0430a010151f034](http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=legcol&document=legcol_759920419ec3_f034e0430a010151f034)

Decreto 564/12 diciembre 10, 2012. Alcaldía de Bogotá D.C. (Colombia). 12/01/2020 (Fecha de

Consulta). Recuperado de

<https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=50832>

Davis, H. (2012). *Teoría general de la prueba judicial* (6a edición). Universidad Javeriana.

Bogotá: TEMIS.

Dupeyroux, J. J. (1966). *Evolution et tendances des systèmes de sécurité sociale des pays membres des Communautés européennes et de la Grande-Bretagne*. Recuperado de

<http://aei.pitt.edu/36107/1/A2119.pdf>

Emmons, W. M. (1993). Franklin D. Roosevelt, Electric Utilities, and the Power of Competition.

*J. Eco. History the Journal of Economic History*, 53 (04), 880-907.

doi:10.1017/s0022050700051354

Escorsa, P. (2004). El fin de la fiesta neoliberal. *El Ciervo* 96 SA, (635). Recuperado de

<https://www.jstor.org/stable/i40037109>

Espina, A. (2007). *Modernización y estado de bienestar en España*. Madrid, España: Fundación

Carolina.

Ferrari, V. (2006). *Derecho y sociedad: Elementos de sociología del derecho*. Bogotá, Colombia:

Universidad Externado de Colombia.

Flores, G.A. (2012). After Neoliberalism?: The Left and Economic reforms in Latin America.

*Oxford Online*: Oxford Scholarship Online. doi: [https://doi.org/10.1111/1478-](https://doi.org/10.1111/1478-9302.12053_126)

9302.12053\_126

Funigiello, P. J. (1977). West Virginia and the Captains of Industry. *The Journal of Southern History*, 43(2), 328. doi:10.2307/2207389

Galvis, G. (2011). *Servicios Públicos y medio ambiente*. Bogotá, Colombia: Andesco Universidad Externado.

Gerber, D. J. (2012). *Competencia Global*. Bogotá, Colombia: Colección Internacional de la Universidad Javeriana

Gilbert, A. (1990). The Provision of Public Services and the Debt Crisis in Latin America: The Case of Bogota. *Economic Geography*, 66(4), 349. doi:10.2307/143969

Gutiérrez, E. (2007). *Historia de Bogotá Siglo XIX*. Bogotá, Colombia: Villegas Editores.

Harvey, D. (2007). *A brief history of neoliberalism*. New York, USA: Oxford University Press.

Hayek, F. (1944). *The road to serfdom*. Chicago, USA: University of Chicago Press.

[http://www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0251-34202017000200005](http://www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0251-34202017000200005)

Hyman, L. (2012). The Politics of Consumer Debt: U.S. State Policy and the Rise of Investment in Consumer Credit, 1920-2008. *The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science*, 644(1), 40-49. doi:10.1177/0002716212452721

Juzgado Tercero Administrativo de Bogotá [JAB]. Sección primera. Abril 12, 2014. Sentencia 11001-3334-003-2010-00131-00 y 11001-3334-004-2013-00054-00.

Kent, N. (2011). *Historia de Suecia*. Madrid, España: Ediciones Akal.

Ley 142/11, julio 11, 1994. Diario Oficial [D.O]: 41433 (Colombia)

Ley 155/59, diciembre 24, 1959, Diario Oficial [D.O]: 30138. (Colombia)

Ley 336/96, diciembre 20, 1996. Diario Oficial [D.O]: 42.948 (Colombia)

Lloyd, G., & Davenport, D. (2013). *The New Deal and; modern American conservatism: A defining rivalry*. California, USA: Hoover Institution Press Publication

Losada, A. (1967). Sociología del derecho: Temática actual. *Revista Mexicana De Sociología*, 29 (3), 497-512.

Marciniak, E., & Girvetz, H. K. (1953). From Wealth to Welfare. *The American Catholic Sociological Review*, 14(1), 36. doi:10.2307/3707006

Marcou, G. & Moderne, F. (2011). *Derecho de la regulación, los servicios públicos y la integración regional*. Bogotá, Colombia: Universidad del Rosario.

Maritain, J. (2002). El hombre y el *Estado*. Madrid, España: Ediciones Encuentro. Recuperado de <https://www.edicionesencuentro.com/libro/el-hombre-y-el-estado/>

Martin, P; & Palafox, J. (2011) *Pasado y presente: de la gran depresión del siglo XX la Gran Recesión del siglo XXI*. Fundación BBVA. Recuperado de [https://www.fbbva.es/wp-content/uploads/2017/05/dat/DE\\_2012\\_IVIE\\_pasado\\_presente.pdf](https://www.fbbva.es/wp-content/uploads/2017/05/dat/DE_2012_IVIE_pasado_presente.pdf)

Matías, S, Agudelo, Y. (2001). *Los servicios públicos domiciliarios en Colombia: Análisis socio jurídico*. Bogotá, Colombia: Universidad Libre.

McDonald, D. & Ruiters, G. (2013). *Alternativas a la privatización, la provisión de servicios públicos esenciales en los países del sur*. Barcelona, España: Icaria Editorial S.A.

McEldowney, J. (2007). *La fourniture d'énergie et l'administration locale: Une étude de cas du Royaume Uni*. *Annuaire 2007 des Collectivités Locales*. 27, 121 – 129. Recuperado de [https://www.persee.fr/doc/coloc\\_0291-4700\\_2007\\_num\\_27\\_1\\_1867](https://www.persee.fr/doc/coloc_0291-4700_2007_num_27_1_1867)

Ministerio de Economía Nacional. (1942). Informe. Recuperado de <http://137.117.40.77/bitstream/11348/5545/1/0020-1.pdf>

Moncada J., Pérez C., Valencia G. (2013). Comunidades organizadas y el servicio público de agua potable en Colombia: una defensa de la tercera opción económica desde la teoría de recursos de uso común. *Ecos de Economía*. Universidad EAFIT. vol. (37). Páginas 126 – 159. Recuperado de <https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/ecos-economia/article/download/2301/2252/>

Nihoul, P. (2005). *Introducción al derecho de la competencia*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Orren, K. (1993). Belated Feudalism: Labor, the Law, and Liberal Development in the United States. *Contemporary Sociology*, 22(1), 70. doi:10.2307/2074997

Parra, J. P. (1999). Prueba indiciaria en el Código de Procedimiento Penal brasilero y Código de Procedimiento Penal italiano y su complementación con países europeos y americanos. *Derecho Penal y Criminología*, 21., 247 - 274. Recuperado de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/1144>

Pascual, J. (2010). *Derecho de la competencia para directivos*. Madrid, España: Marcial Pons.

Perdomo, C. (2014). *Regulación Económica Caracterización y Control*. Bogotá, Colombia: Universidad externado de Colombia.

Polanyi, K. (2001). *The great transformation*. Recuperado de

[https://inctpped.ie.ufrj.br/spiderweb/pdf\\_4/Great\\_Transformation.pdf](https://inctpped.ie.ufrj.br/spiderweb/pdf_4/Great_Transformation.pdf).

Porter, M. (2009) *Ser competitivo*. Harvard Business. Barcelona, España: Grupo planeta.

Pulido, J. S. (2012). *Servicios públicos domiciliarios estudio crítico sobre el régimen legal y contractual y los derechos de los usuarios: Por un nuevo contrato social de SPD*.

Bogotá, Colombia: Grupo Editorial Ibañez.

Regla, J. A. (2017). Las presunciones hominis y las inferencias probatorias - Hominis

Presumptions and Evidential Inferences. *Derecho PUCP*, (79), 99. Recuperado de

Resolución 25036/05 abril 21, 2005, Superintendencia de Industria y Comercio. (Colombia).

12/01/2020 (Fecha de Consulta). Recuperado de

[http://normograma.info/sic/docs/r\\_siyc\\_25036\\_2014.htm](http://normograma.info/sic/docs/r_siyc_25036_2014.htm)

Resolución 25036/2014. Superintendencia de Industria y Comercio. (Colombia).

Resolución 351/05, diciembre 20, 2005 Comisión Reguladora de Agua Potable (Colombia).

12/01/2020. Recuperado de

<https://docs.google.com/viewer?a=v&pid=sites&srcid=ZGVmYXVsdGRvbWFpbnsZWdpc2xhY2lvbmRlc2VydmljaW9zcHVibGljb3N8Z3g6NGI0MTI5ODA0ODVhM2ZjZA>

Resolución 352/05, diciembre, 2005 Comisión Reguladora de Agua Potable (Colombia).

12/01/2020. Recuperado de

<https://docs.google.com/viewer?a=v&pid=sites&srcid=ZGVmYXVsdGRvbWFpbnsZWdpc2xhY2lvbmRlc2VydmljaW9zcHVibGljb3N8Z3g6MjZiZThlNDhlN2I4NTNmMg>

Resolución 53778/2014. Superintendencia de Industria y Comercio. (Colombia)

Reveiz, E., Giraldo, F. (2013). *Tensiones y conflictos de la política económica y social*. Bogotá, Colombia: Academia Colombiana de Ciencias Económicas.

Rincón, J. (2004). *Las Generaciones de los Derechos Fundamentales y la Acción de la administración Pública*. Ed. 2. Bogotá, Colombia: Universidad externado de Colombia.

Romer, C. (1991). What Ended the Great Depression?. *Journal of Economic History*. 52 (4). Páginas 757 – 784. Recuperado de [https://EconPapers.repec.org/RePEc:cup:jechis:v:52:y:1992:i:04:p:757-784\\_01](https://EconPapers.repec.org/RePEc:cup:jechis:v:52:y:1992:i:04:p:757-784_01)

Rothbard, M (2000). *America´s Great Depression*. Recuperado de <http://www.hacer.org/pdf/Roth4.pdf>

Schweber, H. (2014). Lochner v. New York and the Challenge of Legal Historiography. *Law & Social Inquiry Law Soc Inq*, 39(1), 242-274. doi:10.1111/lsi.12062

Shah, A. (Ed). (2008). *Prestación de servicios públicos – Serie sobre sector público buen gobierno, y responsabilidad y rendición de cuentas*. Washington, USA: Banco Mundial – Mayol Ediciones S.A.

Smiley, G. (1983). Recent Unemployment Rate Estimates for the 1920s and 1930s. *History Journal of Economic History*. 43(02), 487-493. doi:10.1017/s002205070002979x

Sprague, O. M. (1910). *History of crises under the national banking system*. Recuperado de [https://fraser.stlouisfed.org/files/docs/historical/nmc/nmc\\_538\\_1910.pdf](https://fraser.stlouisfed.org/files/docs/historical/nmc/nmc_538_1910.pdf)

Steinmo, S. (2010). *The evolution of modern states: Sweden, Japan, and the United States*. Cambridge: Cambridge University Press.

Strassmann, P. & Linn, J. (1984). Cities in the Developing World: Policies for Their Equitable and Efficient Growth. *Land Economics*, 60(3), 314. doi:10.2307/3146194.

Twentieth Century Fund (1949). Electric Power and Government Policy by Power Committee. *The American Economic Review*. Vol 39, No. 3, 817-823. Recuperado de <https://www.jstor.org/stable/i331398>

Uribe, A. J. (1903). *La Reforma Administrativa*. Bogotá, Colombia: Imprenta Nacional.

Velilla, M. A. (2013). *Introducción al derecho económico y de los negocios*. Bogotá, Colombia: Gestión 2000.

Wollmann, H. (2011). Provision of Public Service in European Countries: From Public/Municipal to private an Reverse? *Javne Službe i Javni Menadžment*. 4, 889 – 910. Recuperado de [file:///C:/Users/USER/Downloads/001\\_Wollmann.pdf](file:///C:/Users/USER/Downloads/001_Wollmann.pdf)