

Editorial

ANÍBAL ZÁRATE¹

El pasado mes de septiembre fue radicado ante el Senado el proyecto de Ley 222 de 2024, "Por medio del cual se definen los derechos de los usuarios, se crea la acción de servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones"². Una lectura del articulado del proyecto y de sus antecedentes en la exposición de motivos muestra, entre sus propósitos, asignar nuevas responsabilidades al Estado³ y aumentar su participación en la provisión de los servicios públicos domiciliarios, de manera que sean esencialmente sus entidades territoriales, y no empresas particulares, quienes canalicen los esfuerzos económicos y las inversiones necesarias para superar los desafíos que persisten en términos de cobertura, calidad y accesibilidad. En esta línea, y en consonancia con una visión de estas actividades prestacionales que minimiza su dimensión económica y tiende a identificarlas exclusivamente como manifestaciones de una función pública propia del Estado⁴, el artículo 10 del proyecto estipula que los particulares podrán prestar dichos

- 1 Doctor en Derecho, Universidad Panthéon-Assas (Paris II), París, Francia. Docente investigador del Departamento de Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia. Correo-e: anibal.zarate@uexternado.edu.co. Enlace Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-5453-9464>. Para citar el artículo: Zárate, Aníbal, "Editorial", *Revista digital de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, n.º 33, 2025, pp. 3-8. DOI: <https://doi.org/10.18601/21452946.n33.01>.
- 2 Proyecto de Ley de integrantes del partido MIRA. Disponible en: <https://congresovisible.uniandes.edu.co/proyectos-de-ley/ppor-medio-de-la-cual-se-definen-los-derechos-de-los-usuarios-se-crea-la-accion-de-servicios-publicos-domiciliarios-y-se-dictan-otras-disposiciones-derechos-de-los-usuarios-de-servicios-publicos/14068/>.
- 3 Capítulo 2, Proyecto de Ley. Algunas responsabilidades que hoy existen, como la de los municipios de "estratificar los inmuebles residenciales de acuerdo con las metodologías trazadas por el Gobierno nacional", no se incluyeron en el proyecto, que tampoco aclara si adiciona o sustituye las competencias en los artículos 5 a 8 de la Ley 142 de 1994.
- 4 Así, el artículo 4.º del proyecto señala que "los principios que rigen los servicios públicos domiciliarios son los mismos que rigen la función pública", además de otros que corresponden con una visión clásica del servicio público. Esto contrasta con los fines enunciados en el artículo 2.º de la Ley 142 de 1994, y con los criterios de eficiencia económica y suficiencia financiera que, según el artículo 367 constitucional y 87 de esa ley, orientan el régimen tarifario.

servicios a través de la figura de la concesión, cuya duración no podrá exceder los diez años.

Restringir de esa manera la participación de los particulares en los mercados de acueducto, energía eléctrica, gas combustible y saneamiento básico (alcantarillado y aseo) implicaría un cambio substancial al régimen de los servicios públicos domiciliarios vigente, el cual reconoce la libertad de empresa y la iniciativa privada no solo como el derecho de toda persona a organizar y operar empresas para su provisión⁵, sino también como un principio general orientador y un criterio de interpretación y para llenar los vacíos normativos en dicho régimen⁶. Desde un enfoque formal, al menos son dos los reproches que pueden hacerse a tal propuesta. Primero, se generaría una suerte de antinomia jurídica, ya que el proyecto suprime la posibilidad que hoy tienen los particulares de crear y operar libremente empresas de servicios públicos domiciliarios, sin más requisitos que cumplir con las formalidades para su constitución, y obtener los permisos sanitarios, ambientales y locales requeridos para su funcionamiento, pero no modifica otras disposiciones que desarrollan la libertad de empresa en la prestación de estos servicios⁷. Luego, la derogatoria del artículo 10 de la Ley 142 de 1994 sería, en la práctica, aparente o al menos ineficaz. Esto se debe a que el artículo 186 de dicha ley establece que: "en caso de conflicto con otras leyes sobre tales servicios, se preferirá esta, y para efectos de excepciones o derogaciones, no se entenderá que ella resulta contrariada por normas posteriores sobre la materia, sino cuando estas identifiquen de modo preciso la norma de esta ley objeto de excepción, modificación o derogatoria". Aunque nos encontramos ante una ley posterior y contradictoria sobre la

5 Artículo 10, Ley 142 de 1994.

6 Conforme al artículo 13 de la Ley 142 de 1994, "Los principios que contiene este capítulo se utilizarán para resolver cualquier dificultad de interpretación al aplicar las normas sobre los servicios públicos a los que esta u otras leyes se refieren, y para suplir los vacíos que ellas presenten". Véase Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, concepto unificado 39 de 2020.

7 Por ejemplo, el artículo 3.º de la Ley 142 de 1994 incluye entre los instrumentos de intervención estatal en los servicios públicos el "estímulo a la inversión de los particulares en los servicios públicos", el 18 faculta a todas las personas jurídicas para hacer inversiones en empresas de servicios públicos y se prevé el amparo policivo de las mismas, el 26 prohíbe a los municipios "negar o condicionar a las empresas de servicios públicos las licencias o permisos para cuya expedición fueren competentes conforme a la ley", el 28 indica que es un derecho de las empresas construir, operar y modificar sus propias redes e instalaciones para prestar los servicios públicos, y el 73 que es función de las comisiones de regulación promover la competencia y asegurar una oferta suficiente de estos servicios. Sorprende también que el proyecto asigne al Estado la responsabilidad de "garantizar la libre competencia y prevenir el uso abusivo de la posición dominante" (artículo 5.º), al tiempo que busca limitar el libre acceso de los particulares a esos mercados.

misma materia, los autores del proyecto no especifican de forma precisa la norma de la Ley 142 de 1994 que quedaría derogada. En su artículo 106, el proyecto solo menciona que la nueva ley regiría a partir de su promulgación y deroga, de manera genérica, todas las normas que le sean contrarias.

Pero la propuesta sería, sobre todo, inconstitucional. Aún si durante el trámite legislativo se corrigieran los errores de técnica legislativa que se advierten⁸, el proyecto de ley seguiría siendo contrario a los principios constitucionales que rigen el régimen de prestación de los servicios públicos domiciliarios (artículos 365 a 370). Es importante recordar que durante el modelo estatal de prestación de estos servicios se evidenciaron ineficiencias derivadas de años de malas prácticas: tarifas que no cubrían los costos de prestación, falta de continuidad, y una cobertura y calidad deficientes en su provisión⁹. La situación era tan grave que se abordó directamente en el capítulo V del título XII de la Constitución, ya que la crisis exigía un control y una regulación estatal para enfrentar el desgreño administrativo que vergonzosamente había caracterizado el monopolio público vigente hasta 1991^[10]. En este contexto, el artículo 365 constitucional replanteó el papel del Estado en el sector, considerándolo un asegurador de la prestación y no un prestador monopólico. Aunque los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado, esta norma establece que la función estatal radica en asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional (servicio universal), y "asegurar no significa prestar"¹¹. Además, el

8 Que no son las únicas. La iniciativa está plagada de imprecisiones. Vemos por ejemplo que el artículo 80 señala que "para hacer valer el silencio positivo, bastará con manifestarlo a la empresa. Si esta se niega a reconocerlo, podrá acudir a la acción judicial de servicios públicos domiciliarios". Y asigna la competencia para conocer de esa acción a "los jueces civiles de pequeñas causas, los jueces promiscuos y los jueces municipales" (artículo 78). Mientras el proyecto amplía los recursos administrativos a todas las decisiones de las empresas, susceptibles de ser controladas por el juez administrativo, también asigna la nueva acción judicial y traslada el control del reconocimiento del SAP al juez ordinario, profundizando la confusión acerca de qué jurisdicción es competente.

9 Frédéric Bohem, "Corrupción y captura en la regulación de los servicios públicos", *Revista de Economía Institucional*, vol. 7, n.º 13, 2005, p. 245.

10 Según la Asamblea Nacional Constituyente, "los servicios públicos se encuentran en crisis: macroeconomía de cobertura que implica menor nivel de vida en los sectores pobres, así como una mayor tasa de morbilidad, ecológica-sanitaria y política [...] la insuficiencia e ineficiencia; la mala calidad y la corrupción, la burocratización política y lo confiscatorio de las tarifas; unido al total desgreño en el manejo administrativo, ameritan ciertamente una radical gestión estatal de control y vigilancia". Comisión Quinta, Temas Económicos, Sociales y Ecológicos, 3 de julio de 1991, pp. 5-6. Disponible en: <https://babel.banrepcultural.org/digital/collection/p17054coll28/id/455/rec/2>.

11 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 15 de agosto de 2007.

artículo 365 impulsó la liberalización de estos servicios al señalar expresamente que “podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por particulares”. Por consiguiente, tanto los particulares como las comunidades organizadas están habilitados directamente por la Constitución para prestar estos servicios.

La inconstitucionalidad de la propuesta resulta de la imposición por vía legal de la obtención de una habilitación cada vez que un particular desee operar una empresa de servicios públicos domiciliarios, lo que implicaría devolver la titularidad del servicio público al Estado, la cual, en virtud de la liberalización que operó el artículo 365 constitucional, ha sido por más de treinta años de quien lo preste. Sostener lo contrario –es decir, afirmar que el Estado ostenta la titularidad del servicio público– significaría desconocer que ese mismo artículo prohíbe al legislador reservar determinadas actividades estratégicas o servicios públicos al Estado, salvo por razones de soberanía o interés social, y con la iniciativa del gobierno (vicio de forma que aquí se advierte). Y aunque se dieran estos supuestos, se “deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que, en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita”.

La propuesta de este grupo de congresistas es también contraria a las libertades de entrada, libre acceso e inversión que son reconocidas por la jurisprudencia constitucional, de acuerdo a lo expresado en los artículos 333 y 365 a 370 de la Constitución Política¹², y bajo las cuales cualquier operador tendrá derecho a construir, explotar, comprar o vender las instalaciones necesarias para realizar la actividad prestacional comercial que se trate. Aunque en ocasiones esta libertad, que no es absoluta, puede graduarse mediante el cumplimiento previo de ciertos requisitos, como son las licencias ambientales o permisos municipales, una restricción generalizada a todos los particulares para que puedan realizar las distintas actividades económicas comprendidas en cada uno de los servicios públicos definidos en el artículo 14 de la Ley 142 de 1994, no parece adecuada a los fines expuestos por los autores del proyecto. Tal como quedó radicada, la medida carece de una justificación suficiente desde un fin de interés general, y no es evidente en los antecedentes del proyecto cómo, crear una barrera de entrada al mercado únicamente a ciertos operadores (empresas particulares), permitiría mejor atender las necesidades actuales en materia de cobertura, calidad y accesibilidad. De este modo, la propuesta no es solo potencialmente contraria a lo dispuesto por el artículo 333 de la Constitución Política, sino que también resulta inadecuada para conseguir el objetivo de mejorar las condiciones de acceso y la calidad en la prestación del servicio.

12 Corte Constitucional, sentencia C-228 de 2010.

Pero la medida tampoco es razonable¹³, pues desconoce el núcleo esencial de la libre competencia económica, esto es, la posibilidad que tienen los agentes económicos de acceder en igualdad de condiciones y sin barreras injustificadas al mercado¹⁴. En efecto, el proyecto rompe con la igualdad entre los distintos sujetos autorizados a prestar los servicios públicos domiciliarios¹⁵, ya que mientras se indica que los municipios y distritos pueden prestar estos servicios por medio de la creación de empresas oficiales, mixtas o privadas (artículo 9.º)¹⁶, a renglón seguido se advierte que los particulares solo podrán hacerlo a través de la figura de la concesión, la cual deberá concluir al finalizar un período máximo de veinte años, que incluye su prórroga. Como fue presentado el proyecto, ni las empresas de las cuales sean socias entidades territoriales locales, ni las empresas industriales y comerciales del Estado (EICE) que se acogieron al régimen de transición en el párrafo del artículo 17 de la Ley 142 de 1994, requerirían de una concesión, ni tendrían un límite en el tiempo para prestar estos servicios. Esto crea una ventaja anticompetitiva y una distorsión a la libre competencia a favor de los operadores que cuenten con accionistas públicos, siendo únicamente su condición de entidades de naturaleza estatal¹⁷, la sola razón por la cual no estarían obligadas a obtener una habilitación para prestar los servicios públicos domiciliarios.

Treinta años después de la entrada en vigencia de las leyes 142 y 143 de 1994, varios aspectos de este régimen son susceptibles de ajuste. Los estudios de la primera parte de este número revelan cómo, en otros sistemas, ciertos debates relacionados con el medio ambiente, la salud pública y el uso de nuevas tecnologías parecen trasladarse al campo de los servicios públicos e industrias en redes. Esta discusión ha dado lugar a interesantes iniciativas

- 13 Bajo el test *intermedio* de igualdad que usa la Corte; por ejemplo, Corte Constitucional, sentencia C-1021 de 2012.
- 14 Entre la abundante jurisprudencia constitucional que reconoce la libre competencia como un derecho de rango constitucional, es posible consultar las sentencias C-032 de 2017, C-618 de 2012 y C-228 de 2010. "La igualdad entre competidores es base de la economía de mercado y un postulado que orienta la actividad estatal, de manera que se no se produzcan excepciones que sirvan para privilegiar a unos oferentes, respecto del trato dado a otros que se encuentran en circunstancias idénticas", sentencia C-242 de 2006.
- 15 Enunciados en el artículo 15 de la Ley 142 de 1994.
- 16 Alternativa que, sin embargo, es reconocida en la Ley 142 de 1994. La prestación indirecta por los municipios siempre ha sido una decisión del ente territorial, en razón de sus competencias para determinar la organización municipal. Cosa distinta es la prestación directa, sobre la cual el proyecto guarda silencio y permanece condicionada, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 367 de la Constitución, a los supuestos del artículo 6.º de la Ley 142 de 1994. Véase Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, concepto 143 de 2020.
- 17 En los términos de la sentencia C-736 de 2007 de la Corte Constitucional.

que involucran actores públicos y privados, como es el caso de las comunidades energéticas en el derecho español, como mecanismos de interacción entre personas físicas, entes locales y pequeñas y medianas empresas, que tienen el potencial de garantizar una transición energética justa y sostenible. Sin embargo, un mayor grado de politización de los servicios públicos y su regulación también puede llevar a decisiones públicas que, aunque políticamente populares y alineadas con las metas de los gobiernos de turno, a largo plazo pueden representar un retroceso en el bienestar de los usuarios y en la calidad de los servicios que estos reciben. Un ejemplo de esto sería limitar la entrada de oferentes, aun cuando las condiciones económicas, tecnológicas y de mercado justificarían, por el contrario, abrir estas actividades a la libre competencia.

¡Una provechosa lectura!