

Constitución de 1991, competencia y servicios públicos domiciliarios*

LUIS EDUARDO AMADOR CABRA¹
luis.amador@uexternado.edu.co

RESUMEN

El modelo de servicios públicos, inspirado en la constitución de 1991 y consagrado en las mencionadas leyes, permitió la redefinición del esquema institucional, con nuevas reglas de juego con el fin de atraer, de ampliar y modernizar la infraestructura existente mediante nueva inversión privada gracias al mayor protagonismo del mercado en la asignación de los recursos, bajo una concepción de un Estado más eficiente. En este artículo se evalúa el marco institucional y regulatorio del derecho de competencia aplicado al sector de aseo, así como analizar y describir las prácticas colusorias y los mecanismos que permitirían promover la competencia en términos de eficiencia económica. Para estudiar lo anterior se muestra la evolución, la composición y tamaño del mercado.

Palabras claves: Derecho de competencia, servicio de aseo, eficiencia económica

ABSTRACT

The utility model, inspired by the Constitution of 1991 and enshrined in the above-

mentioned laws, allowed the redefinition of the institutional framework, with new rules to attract, expand and modernize existing infrastructure through private investment, thanks to a new greater role of the market in allocating resources within a context of a more efficient manner. This article evaluates the institutional and regulatory framework of competition law applied to the solid waste disposal industry as well as analyzes and describes the agreements and mechanisms that would promote competition in terms of economic efficiency. To study the above the text shows the evolution, composition and size of the market.

Key words: Competition Law, solid waste disposal, economic efficiency

INTRODUCCIÓN

En Colombia, la apertura comercial, los procesos de privatización, la desregularización, la reestructuración industrial, la redefinición del papel de Estado, el cambio de la política económica y la rápida transformación productiva con el fin de consolidar una economía de mercado, exigieron modificaciones normativas en el derecho de competencia.

El ensayo tiene como propósito reflexionar y evaluar el marco institucional y regulatorio del derecho de competencia aplicado al servicio público de aseo, así como analizar y describir las prácticas desleales.

El nuevo marco creado, por la Carta de 1991, contrasta con la excesiva regulación de los mercados que existía antes de las reformas estructurales, que mediante permisos, cumplimiento de requisitos, licencias y trámites administrativos crearon barreras artificiales a la entrada a nuevos empresarios y competidores hecho que sumado a la protección implícita de los monopolios y de los grupos de interés generaron grandes distorsiones en la asignación de recursos y pérdidas en el bienestar social.

El artículo tiene como propósito reflexionar y evaluar el marco institucional y regulatorio del derecho de competencia aplicado al servicio público de aseo, así como analizar y describir las prácticas desleales y los mecanismos que permitirían promover la competencia en términos de eficiencia económica. Para cumplir con este objetivo en la primera parte, se presenta el marco teórico y conceptual que fundamenta las relaciones entre las reformas y el marco legal. En la segunda parte, se muestra cual ha sido la evolución y tamaño del mercado antes y después de las reformas. En la tercera parte, se analiza un sin número de conductas contrarias a la libre competencia en las que incurrieron los prestadores del servicio de aseo. Finalmente, se sacan algunas conclusiones a manera de recomendaciones

1. REFORMAS, MARCO LEGAL Y MODELO DE COMPETENCIA

La libre competencia es hoy uno de los paradigmas más importantes del mundo

occidental como expresión de las economías descentralizadas o de libre mercado. En tal sentido, existe una gran cantidad de conductas tipificadas desde hace más de 100 años como contrarias a la libre competencia en la legislación europea y norteamericana.

En efecto, en los Estados Unidos la primera norma de carácter federal para limitar los monopolios fue publicada en julio de 1890 conocida como la Sherman Antitrust Act que fue concebida con el propósito de preservar la libre concurrencia y la libertad económica como los principios rectores del comercio. Aunque esta norma no definió las condiciones para que se produzca restricciones al comercio sí declaró como atentatoria al libre comercio los acuerdos entre dos o más firmas con el objetivo de apoderarse del mercado² o cuando exista evidencia de concentración en este (monopolio)³.

Ante las imprecisiones de la Ley Sherman Antitrust Act con relación a que prácticas comerciales que se consideraban como ilegales se aprobó la Ley Clayton Act⁴ (1914) que fue la primera norma que prohibía e identificaba conductas monopólicas y señalaba como competencia desleal: los pactos colusorios, la discriminación de precios, los contratos de exclusividad, la adquisición de acciones y la integración de grandes empresas⁵.

La Unión Europea cuenta desde 1959 con el Tratado de Roma con una legislación colectiva sobre la libre competencia en los mercados de factores y de bienes y servicios. En el tratado quedaron prohibidos los acuerdos y prácticas concertadas entre empresas que afecten al comercio entre los Estados miembros y que tengan como propósito impedir la libre competencia dentro del Comunidad Económica⁶.

Es relevante advertir que las dos legislaciones tienen objetivos diferentes. En efecto, mientras el sistema americano (SHERMAN ANTITRUST Act y CLAYTON Act) se centra en controlar el poder del mercado conocida la habilidad de los monopolios para manipular la producción e incrementar los precios. En contraste, el modelo europeo (Tratado de Roma) tiene como objetivo evitar la creación de barreras a la entrada que generan los grandes conglomerados a los nuevos competidores.

El desarrollo de las legislaciones sobre competencia alrededor del mundo, se explica porque el libre acceso a los productores en el mercado y el proceso de competencia entre productores genera sustanciales beneficios al bienestar de la sociedad. En efecto, la pugna entre los productores por conquistar el mercado estimula la innovación, genera nuevos métodos de gestión y producción que reducen los costos y favorecen los consumidores al disminuir los precios. El modelo premia a los eficientes y saca a los menos productivos del mercado.

De acuerdo con el Banco Mundial la competencia y la apertura, no solo son eficientes en términos económicos y de bienestar social, sino que transforman las instituciones y se constituyen una de las principales fuentes del crecimiento y del desarrollo económico para un país⁷. Existe evidencia empírica que demuestra cómo la competencia externa presionó más la competitividad que la competencia interna en países como: Alemania, Estados Unidos y Japón⁸.

Es decir, la internacionalización de la economía promueve y fomenta la competencia en el mercado interno. Dado que la exposición del aparato productivo al sector externo, presiona por múltiples vías las

firmas locales para que incorporen mejores prácticas de gestión, calidad y productividad que hacen converger los precios locales a los internacionales. El proceso permite simultáneamente hacer caer los precios locales y aumentar el crecimiento.

Para el Banco Mundial los procesos de apertura y ajuste estructural de la economía deben estar complementados con una política de competencia, que combine una legislación sobre el derecho de la competencia, normas sobre la quiebra⁹ y disminución en la reglamentación para la creación de nuevas empresas, elementos que permitirían la libre entrada y salida de empresas sin demasiadas trabas institucionales o legales. El objetivo de la política pública y de toda la sociedad debe disminuir los trámites y los costos de ingreso y salida de las empresas y hacer más transparentes y flexibles las reglas de juego del mercado, de esta manera, la competencia permite disminuir la corrupción

En otras palabras, los países no solo deben contar con un sistema de disciplinas sobre derecho de competencia, sino además con un modelo legal que posibilite la salida de firmas mediante el quiebre y cierre de estas y la entrada de nuevas empresas por medio de la disminución del número de pasos para constituir una firma. El escaso desarrollo en uno de los anteriores frentes inhibe el funcionamiento del mercado aumentar los costos de transacción.

Como bien lo sentencia el Banco Mundial: "hay muchos factores que pueden obstaculizar la competencia. En los países en desarrollo los principales obstáculos institucionales a la competencia interna son las normas que impone el Estado para el ingreso y la salida de empresas"¹⁰. Esta situación no es ajena en Colombia, porque aquí donde los funcionarios públicos, ante el volumi-

noso y a veces contradictorio aparato legal crean su propio marco regulatorio incentivando la corrupción e incrementando los costos de transacción en el mercado¹¹.

El Banco Mundial y la Corporación Financiera Internacional publican anualmente un informe denominado, *Doing Business*, en el que se estudian las dificultades que tienen que soportar los empresarios frente a temas regulados por el Estado como: el número de días para la apertura de una empresa, el manejo de licencias, el registro de propiedad, la contratación y despido de trabajadores, la protección a inversión, el pago de impuestos, los trámites para importar y exportar, el acceso al crédito, las normas sobre cierre de empresas, el cumplimiento de los contratos, entre otros temas. En general, el informe tiene el propósito de analizar las regulaciones que fomentan y constriñen la actividad mercantil.

Para 2007, de una muestra de 176 países. América Latina (Colombia puesto 76), aparece como una de las regiones con menos reformas, explicada por la complejidad del aparato judicial y su engorroso sistema tributario. Sin embargo, para el año 2003, Colombia había sido el segundo país más reformador del mundo¹². De acuerdo, con el Banco Mundial para realizar reformas los países deben realizar cuatro pasos: primero, empezar con reformas que no necesiten cambios normativos, segundo, reducir los procedimientos innecesarios, tercero, introducir formularios estándares y cuarto, mejorar la conectividad a través de internet¹³.

En este sentido la desregulación, la ordenación de los mercados y la libre competencia resultan en mayor eficiencia, en la medida en que no sólo incluye libre acceso a los mercados de bienes y servicios, sino que permitan introducir mayor flexibilidad

y competencia, en otros mercados, como el de tierra, trabajo, divisas y el capital. Donde el salario, la renta, el tipo de cambio y el tipo de interés deben pactarse de acuerdo con las libres fuerzas del mercado.

El proceso de ajuste también originó un profundo proceso de privatización de las empresas estatales de servicios públicos con el objetivo de mejorar la eficiencia y productividad que fueran subastadas o transferidas al sector privado. En el proceso se entregaron firmas estatales mediante subcontrataciones, concesiones y licitaciones competitivas por un tiempo determinado la operación y la prestación de servicios públicos de acueducto, recolección de residuos, alcantarillado, telefonía, entre otros.

El fenómeno redefinió el tipo y el grado de intervención del Estado, no solo bajo la premisa de que la iniciativa privada es más eficiente que el sector público, sino fundamentalmente porque permite de un lado afianzar la separación de los roles entre el Estado regulador y empresario y, por otro, posibilita al Estado disminuir el apalancamiento público para mantener las empresas sostenibles, no incrementando la carga impositiva y el endeudamiento.

La liberación comercial y arancelaria de los mercados de bienes y servicios, el aumento de los tratados de libre comercio¹⁴, la liberación de los mercados financieros, los mayores flujos de inversión extranjera, la introducción de nuevos procesos, insumos y productos, la revolución de los servicios en sectores como la informática, telecomunicaciones, la biotecnología, la prestación de privada de bienes y servicios que antes eran de producción pública, todo lo anterior trajo consigo la eliminación de trabas que constreñían la competencia.

La transferencia de monopolios del sector público a la iniciativa privada, exigió una política de desregularización y modificó los modos de intervención del Estado, dado que parte de las responsabilidades del Estado en la provisión de servicios públicos y sociales fueron trasladadas al mercado, lo cual exigió la creación de un cuerpo normativo del derecho de la competencia con el fin de investigar y sancionar prácticas desleales. Es conveniente recordar que el Consenso de Washington¹⁵ recomendaba dentro de su decálogo de políticas, la promoción de la política de competencia y la desregularización de la actividad productiva.

En consecuencia, las nuevas reglas de juego y las disciplinas del derecho de competencia, tenían como objetivo de tutelar el derecho a ejercer el libre acceso y competencia al mercado de los agentes, como modelo que promueve la asignación eficiente de recursos, que protege los derechos de oferentes y los demandantes y que preserva el interés público.

Como bien lo señala KHEMANI los objetivos básicos de la política de competencia, en la mayoría de países eran "mantener y fomentar el proceso de competencia con el fin de promover el uso eficiente de recursos, protegiendo al mismo tiempo la libertad de la actividad económica de los diversos participantes en el mercado"¹⁶. En pocas palabras, la política de competencia tenía como propósito promover las condiciones de libre competencia de los oferentes y demandantes en el mercado que sin la intervención del Estado serían monopolios.

La apertura comercial, los procesos de privatización, la desregularización, la reestructuración industrial, la redefinición del papel de Estado, el cambio de la política económica y la rápida transformación pro-

ductiva con el fin de consolidar una economía de mercado exigió modificaciones normativas en el derecho de competencia al tipificar actos contrarios a está. Para el sector de los servicios públicos y con el objetivo de promover la competencia, un cambio en el marco institucional y regulatorio al crear y revestir organismos gubernamentales, como la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (en adelante SSPD) con el fin de vigilar, investigar y sancionar determinadas conductas calificadas como contrarias a la libre competencia.

1.1 Modelo constitucional del derecho a la competencia

Colombia tiene una tradición de cerca de 50 años en la regulación de las prácticas lesivas contra la libre competencia. En efecto, la Ley 155 de 1959¹⁷ incorporada en el Código de Comercio, señalaba e identificaba las conductas que limitarían la libre competencia. Sin embargo, la hegemonía del modelo de industrialización por sustitución de importaciones no propendía por una economía de mercado con su correspondiente profundización mediante la competencia. El que un conjunto significativo de actividades económicas se mantuviera bajo control e intervención del Estado como monopolios públicos, técnicos, naturales o de interés nacional y la falta de voluntad política llevaron a la norma a escasa aplicación. El anterior fenómeno se entiende porque no se puede desconocer que los "conceptos básicos del derecho de la competencia actúan y operan no en espacios cerrados, sino en contextos abiertos y globalizados"¹⁸.

Presentado de otra manera, la economía colombiana durante todo el decenio del noventa experimentó una reorientación

radical de su estrategia de desarrollo cuyos propósitos esenciales estaban orientados a la creación de una mayor competencia mediante la apertura, especialmente en los sectores que florecieron al amparo de un mercado protegido. El nuevo modelo de desarrollo, por un lado, le abrió mayor espacio a la ortodoxia del mercado y por otro, la Carta del 1991 introdujo un sin número de derechos a los ciudadanos.

En la declaración discutida en la Comisión Quinta de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 se analiza el tema de la competencia en la legislación colombiana en las diferentes reformas legales y constitucionales las cuales siempre habían tenido como propósito mantener y profundizar “un equilibrio entre los derechos de propiedad privada y libertad económica, de una parte y, de otra la función social de la propiedad y la intervención del Estado en la economía”¹⁹.

Siguiendo estos preceptos, la Comisión decidió continuar con esa larga tradición normativa buscando por un lado, mejorar los derechos de libre acceso al mercado y de libertad económica y, de empresa y por otro lado, mejora los instrumentos de carácter legal que permitieran fortalecer la intervención del Estado cuando los agentes constriñan o cometan actos contra la libre competencia.

Por lo cual una de las reformas centrales en la Carta es introducir un marco regulatorio y vigoroso sobre la política de competencia. En efecto, fue a partir de la promulgación de la Constitución Política de 1991 en su título XII, referente al régimen económico y la hacienda pública en el Capítulo 1 acerca de la finalidad social del Estado, que se contemplan los elementos básicos del derecho de competencia elevando el mismo a un derecho constitucional y colectivo.

El artículo 333 señala que “la actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos sin autorización de la ley. La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. La empresa, como base del desarrollo tiene una función social que implica obligaciones”. Luego agrega que el “Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional”²⁰. Así mismo, otra norma de carácter constitucional que desarrolla el marco legal sobre la libre competencia, es el artículo 336 que limita la posibilidad de crear monopolios estatales, salvo en casos con recursos rentísticos sean con destinación específica cuyo sector sea de interés público²¹.

La Constitución Política de 1991 también dedicó en su articulado una mención especial a los derechos de los consumidores donde les dio un tratamiento de rango constitucional. En efecto, el capítulo 5 sobre la finalidad social del Estado y de los servicios públicos, en su artículo 369, establece que la Ley determinará los deberes y derechos de los usuarios su régimen de su protección²² y en el artículo 78 sobre los derechos colectivos y del ambiente, se señala el derecho de los usuarios de ejercer la libre elección del prestador²³.

La Corte Constitucional se ha pronunciado sobre competencia donde identifica como su principal característica la rivalidad entre los agentes económicos que participan en el mercado, cuyo desarrollo requiere de algunas libertades básicas y su funcionamiento supone tres condiciones: a) que los

agentes en el mercado desarrollen una actividad económica libre. b) la libertad de los agentes para ofrecer un bien o servicio en las condiciones que cada quien estime favorable y c) la libertad de los consumidores de elegir para negociar con cualquier oferente²⁴.

Sin embargo, dada la particularidad de los servicios públicos, el artículo 365, advierte que los servicios públicos podrán ser prestados por el gobierno, por comunidades organizadas y por particulares y, que en todo caso, el Estado mantendrá la vigilancia y regulación de dichos servicios con el fin de asegurar su prestación eficiente. Igualmente, el artículo 334 se refiere a que la dirección general de la economía estará a cargo del Estado y que para el sector de los servicios públicos se promoverá la productividad y la competitividad²⁵.

En el marco constitucional es evidente que existe una relación entre la libertad de empresa²⁶, la libre concurrencia, la iniciativa privada y el desarrollo de otros derechos fundamentales constitucionales como la libertad, la dignidad e igualdad. En razón a que es en mercado en el espacio donde se ejercen las mejores condiciones de intercambio en la medida en que es allí donde se comercializan los bienes y servicios producidos por la sociedad. Es decir, es en el mercado donde se ejercen las libertades económicas de distinto orden como libertad de empresa, de consumo, de precios, de gustos, de propiedad y con éstas se desarrollan tanto, las libertades individuales como las sociales.

De acuerdo con algunos tratadistas, la Constitución colombiana se transformó con el desarrollo de un nuevo modelo económico que se caracteriza porque "la libertad económica es de doble acepción: la libertad de empresa y la libertad de competencia económica y son garantizadas como un derecho

colectivo (artículos 88 y 333 C.P). La dirección general de la economía corre a cargo del Estado quien interviene por mandato de Ley (artículos 334 y 150.21), en el marco de lo que se ha denominado la constitución económica. Intervención del Estado en la economía que tiene no solo como propósito la defensa de los diversos agentes que en ella participan, sino que se hace principalmente en beneficio del usuario final²⁷.

Por lo tanto, cualquier mecanismo o agente que constriña la libre competencia no sólo viola los principios de la libertad de empresa, sino también otros derechos fundamentales de toda sociedad como la igualdad de oportunidades de esta manera deteriora los intereses colectivos. En otras palabras, la libertad de empresa "tiene vocación libertaria puesto que partiendo del principio *por libértate*, reconoce facultades para actuar libremente no sólo como libertad de auto determinación para elegir el tipo de actividad económica en la que actuar, sino para oponerse ante cualquier intromisión o restricción ilegítima que vulnere el cauce de libertad reconocido o admitido²⁸". Es decir, la libre competencia implica el concurso de oferentes y demandantes en la arena del mercado, hecho que posibilita la libertad de los dos agentes y la igualdad jurídica de todos los competidores para ofrecer los mismos bienes o servicios.

1.2 Marco legal del derecho a la competencia

Dado que existen claras diferencias entre las características y la normatividad aplicable en derecho de competencia entre el sector de servicios públicos y el sector real, el ordenamiento jurídico colombiano desarrolló un sin número de normas o disciplinas gene-

rales que incluyen todos sectores productivos, y unas normas particulares que precisan el alcance de algunas conductas aplicables solo a los servicios públicos.

En cuanto al régimen *general* en diciembre de 1992 se reglamenta la Ley 155 de 1959²⁹ mediante el Decreto 2153 de 1992³⁰ y luego el Congreso de la República expidió la Ley 256 de 1996³¹. El marco normativo tiene por objetivo garantizar la libre competencia económica, mediante la prohibición de conductas que constriñan la libre competencia. Estas normas establecen que el control y la vigilancia del derecho de competencia es responsabilidad de la Superintendencia de Industria y Comercio y tipifican las prácticas restrictivas a la competencia aplicables a las empresas públicas o privadas.

El Decreto identifica cuatro prácticas restrictivas a la competencia³². La primera, *acuerdos contrarios a la libre competencia*³³ que tengan como propósito: la fijación de precios, la determinación de las condiciones de comercialización, la repartición de los mercados y fuentes de abastecimiento, la asignación de cuotas, el impedir el acceso al mercado y la colusión en licitaciones. Segundo, se consideran *contrarios a la libre competencia* los siguientes actos³⁴: Infringir las normas sobre publicidad, influir a una empresa para que incremente los precios, no prestar servicios a una firma por su política de precios. Tercero, se constituyen *abuso de posición dominante*³⁵: el disminuir el precio por debajo del costo, la aplicación de condiciones discriminatorias para operaciones iguales, obligar el suministro de un producto y discriminar las condiciones de venta y de precios. Por último, para el caso de *integración de empresas*³⁶ como: fusiones e integraciones el criterio básico para aceptar dichos procesos será mejoras en eficiencia y la garantía de no reducción de la oferta.

Mientras, la Ley 256 de 1996 en concordancia con los pactos firmados por Colombia bajo del Convenio de París y aprobados mediante Ley 178 de 1994³⁷, precisó algunas conductas de competencia desleal. El marco incluye actos de competencia desleal siempre que se realicen en el mercado y con objetivos concurrenciales; es decir, si la conducta tiene como objetivo mantener o aumentar la participación en el mercado.

Esta norma tiene como principios generales: investigar, sancionar, prevenir, prohibir e indemnizar por los perjuicios causados al demandante que afecto la libertad de elección del comprador y la libre competencia en el mercado. Dentro de la competencia desleal se consideran actos como: la desviación de la clientela, de desorganización, de confusión, de engaño, de descrédito, de comparación, de imitación, explotación de la reputación ajena, violación de secretos, pactos desleales de exclusividad y violación de secretos e inducción a la ruptura contractual³⁸. En la Ley también se especifican las disposiciones procesales y acciones derivadas de la competencia desleal.

La tipificación de las conductas colusorias de competencia, antes señaladas, tienen como objetivo garantizar que los agentes tengan la posibilidad real y legal de entrar y salir del mercado permitiendo que opere la libre competencia. La estructura normativa apunta por un lado, el tener reglas claras para el sector privado y los empresarios y favorece a los consumidores quienes como consecuencia del proceso de competencia tendrán mayores alternativas de escogencia de bienes y servicios a menores precios.

No obstante, dado que existe un régimen particular derivado de la Ley 142 de 1994, donde se señalan las conductas lesivas a libre competencia, cuando exista vacíos,

el Consejo de Estado determinó que se aplicara la legislación general desarrollada en el Decreto 2153 de 1992 y la Ley 256 de 1996 según lo señalado en la Ley 153 de 1887³⁹.

En adición a las normas generales el Congreso de la República y como desarrollo de la Constitución Nacional el legislativo expidió el Régimen de Servicios Públicos Domiciliarios o Ley 142 DE 1994⁴⁰ (en adelante RSPD) donde fija normas y principios de carácter particular sobre las prácticas restrictivas de la competencia en los servicios públicos. Esta estrategia legal de tener un marco particular para el sector obedece a las características de los servicios dentro de las cuales se incluyen: la meritividad, el comportamiento como bienes públicos, mercados cautivos, sistemas de distribución mediante redes, economías de escala y estructuras monopólicas.

La Ley establece que los operadores legalmente constituidos y organizados no requieren permiso para desarrollar su objeto social en cualquier parte del territorio nacional⁴¹. Lo cual significa que los prestadores no tienen barreras a la entrada para desarrollar cualquier actividad y que el mercado no se encuentra cautivo⁴². Del lado de la demanda el RSPD dispone que los usuarios tienen un catálogo de derechos, entre los más importantes se cuentan: el ejercer la libre elección del prestador⁴³, medición del consumo como parámetro fundamental de cobro, obtener información sobre las actividades realiza el operador, participar en la gestión de las empresas, señala los procedimientos cuando se produce una falla en el servicio, establece un sistema para el contenido de la factura y crea mecanismos legales como el recurso de reposición y subsidiario de apelación cuando se vulneran sus derechos⁴⁴.

En este contexto, dada la importancia de los servicios públicos en señalados por la Carta y el RSPD determinan que tanto usuarios como operadores tienen derechos y obligaciones que van de la mano y que se desarrollan mediante un contrato de condiciones uniformes.⁴⁵ En este sentido los "servicios públicos domiciliarios el derecho a la competencia y el derecho del consumo son también las dos caras de una misma moneda, moneda cuyo equilibrio corresponde garantizar al Estado"⁴⁶.

El marco permite reconocer que los servicios públicos tienen tres características intrínsecas que se determinan mutuamente y son inseparables: la primera es su cantidad (accesibilidad física), la segunda es su precio (accesibilidad económica) y la tercera es su calidad (características físicas)⁴⁷. Dicha filosofía es coherente con la proclamación de un Estado Social de Derecho al reconocer a los servicios públicos como actividades de interés social cuya provisión está garantizada por parte del Estado en condiciones de libre escogencia, igualdad y eficiencia.

De otro lado, la Ley facultó al ejecutivo para delegar en las comisiones de regulación la promoción de la competencia y en la SSPD en ejercer su vigilancia y control. En efecto, el régimen de competencia dentro del RSPD se diferencia claramente las instancias de promoción y de vigilancia. Es decir, la Ley dejó claro que las comisiones de regulación tienen como objetivo el promover la competencia. Mientras que la SSPD realiza las labores de la vigilancia y control, concentrando sus esfuerzos en hacer cumplir la normatividad existente y lo establecido por la comisiones de regulación. Lo que significa que tanto la SSPD como la Comisión de Agua Potable y Saneamiento Básico (en adelante CRA)⁴⁸ pue-

den intervenir a las empresas en la materia de acuerdo con ámbito de sus competencias.

El RSPD indicó que las comisiones de regulación tenían dos objetivos fundamentales. En primer término, señalar una metodología tarifaria donde "las empresas de servicios públicos se someterán al régimen de regulación, el cual podrá incluir las modalidades de libertad y libertad vigilada y regulada"⁴⁹. En el numeral 2 de ese artículo señala que las empresas tendrán libertad para fijar tarifas cuando no tengan una posición dominante en el mercado. El segundo término, con el objetivo de promover la competencia el RSPD señala que las comisiones de regulación y en particular la CRA tienen la función de regular los monopolios cuando la competencia no sea posible y promover esta entre el resto de operadores⁵⁰.

Igualmente, el RSPD⁵¹ le confiere a la CRA el de promover la competencia entre quienes ofrezcan los servicios de saneamiento básico o el de regular los monopolios, cuando la competencia no sea posible, con el objetivo de que las operaciones de todos los participantes en el mercado sean eficientes. Por lo tanto, la Ley le otorga a la Comisión la facultad de simular el mercado, en términos competencia y eficiencia mediante normas de carácter general o particular para someter a los operadores a los principios de la libre competencia⁵². Dicho de otra manera, los entes regulatorios tienen como núcleo central para desarrollar su labor misional el principio que indica "la competencia donde se pueda y la regulación donde no es posible la competencia"⁵³.

Las Comisiones también dos funciones de carácter preventivo. La primera, cuando las empresas vulneran los derechos de los usuarios en lo relacionado con temas derivados de la relación operador-usuario⁵⁴,

está competencia solo se puede ejercer en caso de que se compruebe el perjuicio. La segunda, referida con el establecimiento de mecanismos para evitar la concentración de la propiedad accionaria en el sector⁵⁵.

La Ley tipifica abuso de posición dominante a las restricciones a la competencia por parte de cualquier operador público y privado⁵⁶ y señala que "el servicio se preste en forma continua y eficiente, y sin abuso de la posición dominante que la entidad pueda tener frente al usuario o a terceros"⁵⁷. La RSPD señala la prohibición de prácticas discriminatorias, abusivas o restrictivas a la competencia que incluyen el cobro de tarifas que no cubran los costos, prestación gratuita del servicio, prestar servicios adicionales que no incluye la tarifa, acuerdos entre las empresas con el fin de manipular la tarifa o repartirse el mercado y cualquier clase de acuerdo con el propósito de constreñir la competencia⁵⁸.

Por lo tanto, la CRA debe determinar bajo qué condiciones los monopolios puros son eficientes frente a un modelo de competencia y en qué circunstancias se presenta abuso de posición dominante. El RSPD define la conducta como: "la que tiene una empresa de servicios públicos respecto a sus usuarios; y la que tiene una empresa, respecto al mercado de sus servicios y de los sustitutos próximos de éste, cuando sirve al 25% o más de los usuarios que conforman el mercado"⁵⁹. La anterior definición introduce el concepto de mercado relevante⁶⁰ y determina por parte del operador el grado de concentración del mercado frente a los suscriptores⁶¹.

Así mismo, el RSPD, en desarrollo de preceptos constitucionales, especifica una gran cantidad de aspectos referidos a las conductas de abuso de la posición dominante de parte de los operadores frente a los usuarios en los contratos de condiciones uniformes

celebrados con estos⁶² y le asigna a la CRA la función de resolver los conflictos que surjan entre operadores, debido a los contratos que existan entre estos y que no corresponda decidir a otras autoridades judiciales⁶³.

El derecho de competencia desarrollado por la constitución del 1991 y el RSPD, permitió no solo crear las condiciones de libre concurrencia en el sector de servicios públicos, sino también establecer las directrices para la intervención de monopolios públicos. En efecto, el RSPD ordena liquidar monopolios estatales, cuando estos no cumplan con los parámetros de eficiencia económica y mínimo costo (artículo 73.15), y así permite la entrega al sector privado.

El marco legal establece que la CRA debe fijar los parámetros que permitan la promoción de la competencia y la regulación de monopolios. Dentro de estos últimos señala expresamente: ordenar la escisión de empresas al ejercer abuso de posición dominante⁶⁴ y fusionar empresas⁶⁵. El RSPD tiene como objetivo crear un marco legal no solo de disciplinas y reglas sobre la libre concurrencia, sino, además, para transferir activos de las empresas que durante décadas fueron manejadas por el Estado al sector privado.

El modelo de competencia desarrollado en el RSPD obliga a los municipios a permitir que cualquier operador pueda construir, operar, modificar e instalar de redes destinadas a prestación de servicios públicos o a la provisión de éstos; lo anterior, con el objetivo de que ningún agente genere barreras a la entrada frente a los competidores o para favorecer un operador. Así mismo, la Ley obliga a las empresas dueñas de las redes a permitir su acceso a otros operadores en igualdad de condiciones con el fin de proteger al usuario⁶⁶.

No obstante, el artículo 185 del RSPD enuncia lo relacionado con el tránsito de le-

gislación en esa materia. Allí se dispuso que la Superintendencia de Industria y Comercio continuaba ejerciendo las funciones de investigar y sancionar prácticas de restrictivas al comercio, señaladas en el Decreto 2153 de 1992, respecto de las empresas que presten los servicios públicos hasta el 30 de junio de 1995. En consecuencia, a partir de esa fecha, la SSPD sustituyó a la de Industria y Comercio en todo lo que el legislador le ha atribuido en materia de competencia.

El marco que fue ratificado por la Ley 689 de 2001⁶⁷ que advirtió la competencia de SSPD para adelantar investigaciones sobre prácticas indebidas a la competencia e imponer las sanciones respectivas. Por tanto, la SSPD cuenta con la capacidad sancionatoria a los operadores de servicios públicos, cuando se demuestre que algún agente ha incurrido en prácticas comerciales restrictivas.

Sin embargo, con la ley 1340 de 2009 el nuevo marco de protección de la competencia le trasladó las funciones que tenía la SSPD a la Superintendencia de Industria y Comercio y creó una autoridad única nacional de protección de la competencia para todos los sectores⁶⁸ que en lo sucesivo investigará y adoptará las medidas por las violaciones a las disposiciones sobre el tema⁶⁹.

El marco creado por la Carta de 1991, contrasta con la excesiva regulación de los mercados que existía antes de las reformas estructurales, que mediante permisos, cumplimiento de requisitos, licencias y trámites administrativos crearon barreras artificiales a la entrada a nuevos empresarios y competidores; hecho que, sumado a la protección implícita de los monopolios y de los grupos de interés generaron grandes distorsiones en la asignación de recursos y pérdidas en el bienestar social.

En el país como resultado de la existencia de muy poca competencia el aparato productivo no se sólo obligó a los consumidores a pagar precios más elevados en el mercado interno, en comparación de precios externos, sino que disminuyó la competitividad de las firmas nacionales para los cuales estos bienes y servicios son un insumo lo cual puso en desventaja, con respecto a sus competidores en el extranjero, incluso con países de igual desarrollo relativo, retrasando la inserción de la economía colombiana en los mercados internacionales.

En Colombia por más de un siglo los servicios públicos fueron la razón de ser del Estado frente a los ciudadanos, con la ruptura de la teoría clásica del servicio público y el ajuste normativo permitió que los agentes privados ofrecieran servicios que antes eran reservadas al Estado. No obstante, estos continúan siendo objeto de intervención por parte del gobierno mediante regulación económica. Hecho que posibilitó el tránsito de un Estado prestador a un Estado regulador.

En suma, la apertura a la inversión privada y a los nuevos procesos de competencia en los servicios públicos derivados de la Constitución de 1991 y el RSPD, vino acompañada de una régimen legal especializado en materia de competencia con el propósito de garantizar la libertad de entrada al mercado de los nuevos oferentes y señalo un sistema de contrapesos al reconocer un sin número de derechos relacionadas con la protección a los usuarios.

1.3 Economía de mercado y libre competencia

Con el propósito de estudiar el derecho de competencia es necesario construir algunos parámetros de lo que la teoría económica

concebe como competencia denominada como perfecta con el objetivo analizar algunos parámetros sobre los beneficios de la competencia y elaborar unos criterios del impacto económico que origina el desconocer las normas sobre prácticas a libre competencia. Es decir, el "derecho de la competencia tiene por objeto tutelar un bien jurídico fundamental para la economías contemporáneas: la libertad de competencia y la libertad de concurrir, como sistema que eficientiza los sistemas económicos"⁷⁰.

Una estructura de mercado que se caracteriza por la competencia es aquella en la cual ningún oferente o demandante influye sobre el precio con sus compras o ventas. Las condiciones bajo las cuales se origina un mercado perfectamente competitivo son cuatro: En primer lugar, que la empresa de mayor tamaño del mercado participe con una parte insignificante de él⁷¹. En segundo lugar, que el número de firmas produzca independiente frente a los otros productores, lo cual garantiza la existencia de un mercado grande. En tercer lugar, perfecta información que permite la perfecta movilidad de factores y la libre elección del consumidor. En cuarto lugar, la homogeneidad del bien o servicio⁷².

Bajo estas premisas, la libre competencia implica que los consumidores y vendedores se asumen como independientes y racionales, ajustadores de cantidades y precios aceptantes⁷³. Presentado de otra manera, los productores carecen de negociación o influencia en la formación sobre el precio, con lo cual si esta condición se cumple ningún empresario tiene la capacidad para fijar el precio en el mercado o ejercer tiene posición dominante.

La libre competencia organiza la producción por medio de las decisiones descen-

tralizadas de muchas empresas y hogares, conforme interactúan en el mercado en igualdad de oportunidades. Para lo cual los individuos deciden qué bien o servicio comprar al comparar los precios derivados de las estructuras de costos⁷⁴ y, será más eficiente un productor que otro si produce bajo condiciones similares (coeficientes técnicos) el mismo bien a un costo menor.

El mercado da señales a los agentes mediante el sistema de precios y sirve al proveer información sobre la escasez o abundancia de los recursos, tiene la función de eliminar los excesos de oferta o demanda con lo cual coordina a los agentes asignando recursos por medio de las decisiones independientes conforme interactúan teniendo en cuenta sus necesidades de producción y consumo.

De esta manera, el intercambio permite que el mercado logre el bienestar para un mayor número de individuos en la sociedad. Donde los consumidores buscarán maximizar su utilidad sujetos a una restricción de ingreso y los productores, por su parte, perseguirán maximizar sus beneficios y minimizar sus costos. Estos elementos determinan el precio de mercado y la eficiencia económica tanto en el consumo, como la producción y en la asignación de recursos.

En este orden de ideas, la cuantificación de los beneficios, por el lado de la demanda⁷⁵ es medido por la diferencia entre la disposición a pagar y el precio del mercado o el área situada encima del precio y debajo de la curva de demanda. Del lado del productor, el beneficio de intercambiar en el mercado, es el excedente del productor, que es la diferencia entre el valor que tienen los bienes y servicios para vendedores y el costos de producirlos y se mide como el área situada encima del precio y debajo de la función de oferta.

Los excedentes del consumidor y del productor son los instrumentos básicos que la teoría del bienestar utiliza para estudiar los beneficios del intercambio entre oferentes y demandantes en el mercado. De acuerdo con esta, la sociedad es eficiente cuando maximiza el excedente total o cuando la asignación de los recursos produce gracias a las ganancias derivadas del comercio. El bienestar es entendido según la premisa, en ausencia de restricciones, los individuos buscan su propio interés en un sistema de libertad de libre competencia, donde cada agente maximiza su bienestar⁷⁶.

De esta manera, el intercambio permite que el mercado logre el bienestar para un mayor número de individuos en la sociedad. Donde los consumidores buscarán maximizar su utilidad sujetos a una restricción de ingreso y los productores, por su parte, perseguirán maximizar sus beneficios y minimizar sus costos. Estos elementos determinan el precio de mercado y la eficiencia económica tanto en el consumo, como la producción y en la asignación de recursos.

En una economía descentralizada el mercado es la forma de organización social más eficiente, en el sentido que no existen otras formas de reorganizar la actividad productiva de manera que sea aceptada por todos los agentes. Es decir, este contiene un sin número de opciones de consumo, de producción, de costo y de técnicas, abiertas a la sociedad. Por lo tanto, el mercado permite ofrecer las mejores soluciones posibles dependiendo de las necesidades que se escojan, las preferencias que se elijan y la distribución que se asuma.

En contraste, la teoría económica condena como ineficiente el monopolio o cualquier estructura del mercado diferente a la de competencia, porque disminuyen el

excedente del consumidor con lo cual los demandantes contraen su consumo y pagan precios superiores. La competencia imperfecta distorsiona la asignación de recursos, al producir menos de lo socialmente deseable generando una pérdida irrevocable de eficiencia. Presentado de otra manera, la competencia imperfecta es económica y socialmente menos deseable que las firmas que actúan en libre competencia. Tal hecho que se convierte en el principal argumento para la intervención del Estado.

Puede advertirse, que el proceso de competencia y el libre acceso de productores en el mercado crea significativos beneficios al bienestar de la sociedad y en particular del consumidor. Este hecho se refleja cuando hay mayor eficiencia económica, más productividad, mejor innovación y un descenso global de precios⁷⁷ lo que se traduce en mejores estándares de calidad y mayores utilidades para las firmas.

En breves palabras, el paradigma de la libre competencia describe el camino mediante el cual las empresas individualmente rivalizan por conquistar a los consumidores, el tamaño del mercado o aumentar las ventas. En el proceso los oferentes presionan a los participantes a volverse más eficientes mediante: mayor inversión en investigación y desarrollo, mejorando los sistemas de gestión, introduciendo mayor desarrollo técnico y tecnológico⁷⁸, aumentando la productividad y optimizando la calidad. Todo lo anterior, con el objetivo de reducir costos y crear ventajas competitivas⁷⁹ esta dinámica beneficia a la sociedad al aumentar el bienestar.

Como magistralmente lo advierte en los servicios públicos el tratadista Palacios: "Los empresarios tienen derecho a competir; pero, más importante aún, los consumidores de

bienes y servicios tienen derecho a que los empresarios compitan. Desde una perspectiva económica los principales beneficiarios de la competencia no son los empresarios (que, por virtud de la competencia, verán disminuir sus márgenes de utilidad), sino los usuarios, que tendrán acceso a bienes y servicios más baratos"⁸⁰.

Lo anterior pone de manifiesto que cuando la rivalidad es nula o escasa los recursos no se explotan en forma intensiva y el costo aumenta. A causa de esa lucha frenética y riesgosa por la conquista del mercado, el productor que no iguale el nivel de competitividad al de sus competidores lleva a algunos agentes a incurrir en competencia desleal con el fin de no salir, perder, o mantener su participación en el mercado.

Es decir, los productores tienen incentivos para apropiarse o disminuir el excedente del consumidor aumentando el precio, mediante actos colusorios a libre competencia generando rentas extraordinarias a expensas de los consumidores, como ocurre en estructuras de mercado de monopolio, tan frecuentes en los servicios públicos. Estos mecanismos incluyen instrumentos de competencia desleal como: reducción de la producción, actos colusorios, precios predatorios, y por debajo del costo, barreras a la entrada para no permitir el ingreso de otros competidores, entre otros mecanismos.

En una economía de libre competencia los precios permiten dar señales para los agentes sobre el exceso o abundancia de recursos. En contraste, una falla del mercado, es una situación en la que este no organiza eficientemente la asignación de recursos. Las fallas son originadas por los actos colusorios que permiten ejercer y mantener conductas empresariales anómalas en el mercado, lo cual proporciona el fundamen-

to para la intervención del Estado mediante instrumentos que permiten corregir las disfunciones con el fin de restablecer la eficiencia económica y el interés público.

Por lo tanto, la libre concurrencia no es un fenómeno natural o espontáneo que surge con la existencia de gran cantidad de compradores y vendedores en el mercado en el modo de producción capitalista. Igualmente, debe existir una acción deliberada del Estado para intervenir puesto que el "mercado no necesariamente conduce a crear o favorecer un ambiente competitivo, como predice la teoría convencional. En realidad se requiere de un arreglo institucional que permita establecer compromisos políticos entre los agentes para defender la competencia"⁸¹.

Para el sector de los servicios públicos la competencia entre operadores posibilita tarifas más bajas, expansión y mejor servicio, esto se debe a que, los nuevos proveedores buscaran llegar a un mayor número de usuarios, lo cual los obliga a incrementar la productividad y eficiencia y, por esta vía les permite vincular a segmentos de población pobre al mercado.

En suma, en los servicios públicos la competencia trae beneficios al aumentar el excedente social (del consumidor y del productor) al mejorar la calidad, aumentar la continuidad, reducir los costos y en general al aumentar la productividad con la consecuente caída en las tarifas tales. Estos hechos que permiten aumentar la cobertura o incrementar el acceso universal al posibilitar que sectores de menores ingresos tengan servicios de calidad a menores precios. Por lo tanto, en el evento que la competencia no exista por las características intrínsecas del servicio es necesario la intervención del Estado.

2. TAMAÑO DEL MERCADO

La categoría de empresas de servicios públicos nace con la Constitución de 1991 y el desarrollo normativo de esta mediante el RSPD que permite que los servicios públicos sean prestados por los agentes públicos y privados, por comunidades organizadas, siempre bajo la regulación y supervisión del Estado. En cualquier caso la Ley 142 de 1994 de obligó a transformar todos los operadores en Empresas de Servicios Públicos (en adelante ESP) por acciones cuyo objeto sea la prestación de los servicios públicos⁸².

En efecto, el artículo 182 del RSPD determina que "cuando la nación o las entidades territoriales hayan estado prestando directamente un servicio público, deberán constituir las empresas de servicios públicos necesarias, dentro del plazo de dieciocho meses contados a partir de la publicación de la presente ley". Sin embargo, ante el incumplimiento de los municipios la Ley 286 de 1996⁸³ concedió un plazo adicional de dieciocho meses a partir de la aprobación de la Ley, esto, con el fin que las empresas de servicios públicos se convirtieran en ESP.

De acuerdo con el capital social aportado las empresas de servicios públicos (ESP) se clasifican en tres. La primera, ESP mixtas que tienen aportes iguales o superiores al 50% de la Nación, las entidades territoriales o las entidades descentralizadas⁸⁴. La segunda, es ESP oficial donde el 100% de los aportes del capital pertenecen a la nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas⁸⁵ y la tercera, ESP privada cuyo capital pertenece mayoritariamente a particulares⁸⁶. Es fundamental señalar que las EPS tienen un régimen común desde el punto de vista

legal con el objetivo de no afectar la libre concurrencia en el mercado.

En este orden de ideas, al estudiar la evolución de la naturaleza jurídica de los prestadores del servicio de aseo para los años 2002 y 2006 se encuentra que el 90% de los operadores para los dos años se encuentra concentrada en firmas constituidas por acciones de carácter privado (43%) y en empresas industriales y comerciales del Estado (45%) que se consideran oficiales pero que actúan bajo el derecho privado⁸⁷. (Gráfica 1)

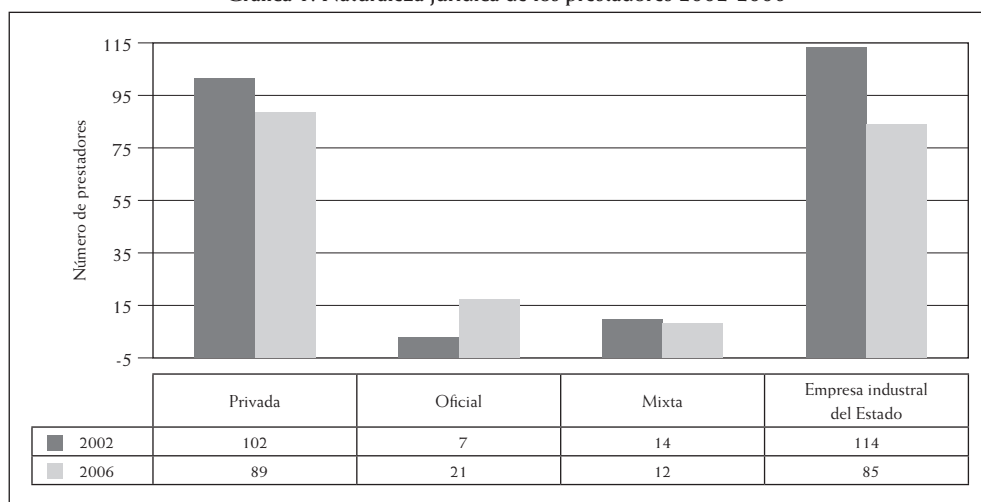
En contraste, las empresas de carácter mixto mantienen el 6% para los dos años mientras las empresas estatales ganan una participación de 7% al pasar de 7 a 21 empresas. Esta situación es producto de la transformación de los municipios prestadores a empresas constituidas por acciones que obligo la Ley. Esta situación se contrasta con lo que ocurría en 1990 cuando solo el 34% de un total de 1.012 municipios había organizado una empresa de aseo. El resto de jurisdicciones (66%) realizan recolec-

ción y disposición de desechos a través de las Alcaldías sin contar con un presupuesto adecuado⁸⁸.

Para los años estudiados la mayor parte de las empresas del sector son ESP legalmente constituidas por acciones con participación de capital público, privado o mixto, dicha transformación se explica por el impacto que tuvo la apertura a la participación privado gracias al nuevo marco normativo. En el mismo sentido, es síntoma del impacto de las reformas estructurales que permitieron convertir en un negocio el servicio público de aseo.

La amplitud de mecanismos legales que estableció el RSPD para desarrollar la participación privada, el desarrollo institucional de cada municipio y la naturaleza económica del servicio de aseo, determinaron la existencia de diversos mecanismos de ingreso a los particulares, sistemas y modelos asociados y comunitarios, hecho que se refleja en los diferentes arreglos institucionales y contractuales que se presentan en el sector.

Gráfica 1. Naturaleza jurídica de los prestadores 2002-2006



Fuente: SSPD

Donde se destacan los siguientes esquemas de participación privada: (i) Libre entrada en el mercado compitiendo por los usuarios. (ii) Competencia por el mercado mediante el otorgamiento de Áreas de Servicio Exclusivo mediante esquemas de concesiones. (iii) Contratos de prestación específica de un componente del servicio de aseo. (iv) Modelos societarios de carácter estratégico (público-privado) gracias al *Know How* del sector privado. (v) Modelos de organización comunitaria mediante la organización de juntas de acción comunal, cooperativas y otros sistemas asociativos. (vi) Contratos entre municipios para la prestación de un componente del servicio de aseo principalmente el de disposición final⁸⁹.

En otras palabras, con el proceso de ajuste estructural y la creación de diversos mecanismos institucionales y contractuales en desarrollo del RSPD se posibilitó el aumentar y permitir la participación privada en el servicio domiciliario de aseo, no solo como proveedores de insumos, contratistas de obra pública, prestadores de diversos servicios, sino también en la creación de firmas que permitieran el desarrollo de una capacidad empresarial en la provisión del servicios públicos.

Con una comparación⁹⁰ se puede analizar en forma reveladora la evolución entre los años 1996 y 2003⁹¹ o sea ver el impacto que tuvo el ajuste estructural y la normatividad en relación con la participación del sector privado. Se encuentra que para el período aumentaron en 47 el número de operadores privados y se disminuyeron de manera dramática las empresas públicas en 49 y las comunitarias en 32. Dentro de las públicas se destaca la cancelación de las empresas de: Cúcuta, Armenia, Valledupar, Bello, Itagüí, Sogamoso, Dos quebradas y Tunja. Así como el cierre de 20 cooperativas en Cúcuta y 16 Junta de Acción Comunal en Armenia que prestaban el servicio⁹¹. Ver cuadro 1.

Pero en los procesos penetración del sector privado también es conveniente destacar el otorgamiento a las Áreas de Servicio Exclusivo⁹³ (en adelante ASE) por parte de los entes territoriales, con que cuenta Bogotá desde 1996 y un concesionario español Proactiva opera el Relleno Doña Juana, siendo la primera concesión de aseo privada con participación extranjera. Igualmente, ciudades como Cúcuta, Soacha y Cartagena entregaron concesión el servicio de aseo por medio de ASE.

Cuadro 1. Cambio en el número de entidades que prestan el servicio de aseo entre 1996 y 2003

Habitantes en el municipio	Pública	Comunitario	Privada	Total
Más de 1'000.000	-1	0	3	2
400.000 a 1'000.000	-2	-20	6	-16
100.000 a 400.000	-7	-16	2	-21
40.000 a 100.000	-6	1	4	-1
Menos de 40.000	-33	3	32	2
Total	-49	-32	47	-34
% del total existente en 1996	-5,4	-43,2	68,1	-3,2

Fuente: CRA, impactos regulatorios en los sectores de acueducto, alcantarillado y aseo, Bogotá, 2006.

Así mismo, entre el 2003 y el 2011 Bogotá D.C nuevamente mediante la Licitación Pública entregó en Concesión a los consorcios Aseo Capital S.A. ESP, Lime ESP, Temporal Interaseo ESP y Ciudad Limpia Bogotá S.A ESP la prestación del servicio que incluyó el barrido y la limpieza de vías y áreas públicas, la recolección de residuos y transporte al relleno sanitario, el lavado del inmobiliario urbano, el corte de césped y poda de árboles.

En ciudades como Bucaramanga, Santa Marta, Tunja, Valledupar e Ibagué hay una fuerte penetración del sector privado mediante contratos en algunos componentes el servicio. De acuerdo con la SSPD⁹⁴ en los últimos 5 años en las ciudades que cuentan con más de 25 mil suscriptores, se concede el servicio de aseo mediante el otorgamiento de ASE, contratación directa e indirecta u otras modalidades de contratación de los diferentes componentes del servicio incluida la gestión comercial. Prueba de ello es recurrente encontrar, en las ciudades colombianas, que el componente de recolección y transporte sea prestado por más de dos operadores.

De acuerdo con la SSPD⁹⁵ en los últimos 5 años en las ciudades que cuentan con más de 25 mil suscriptores, se concede el servicio de aseo mediante el otorgamiento de ESP, contratación directa e indirecta u otras modalidades de contratación de los diferentes componentes del servicio incluida la gestión comercial. Prueba de ello es el hecho recurrente de encontrar, que en las ciudades colombianas, que el componente de recolección y transporte sea prestado por más de dos operadores.

Según la CRA 20 de las 27 ciudades con población entre 100.000 y 400.000 habitantes son atendidas empresas privadas y en 17

de los 20 municipios la prestación del servicio es realizada por único operador privado⁹⁶. En contraste, ocurre en ciudades como Pereira, Popayán, Pasto, Barrancabermeja, Envigado, Buenaventura, Floridablanca y Florencia siguen siendo firmas municipales las que prestan el servicio pero transformadas en ESP,

De acuerdo con una investigación adelantada por la SSPD se estableció que 18 grupos empresariales manejan el 37% del mercado del servicio de aseo, en tanto que el Estado atiende el 33% a través de los municipios prestadores directos y el 30% restante es propiedad de 1.629 personas naturales o jurídicas que participan en distintas empresas. El servicio de disposición final de residuos sólidos, la SSPD encontró que el Estado atiende el 32% de los usuarios, los 18 grupos económicos el 41,5% y las demás personas jurídicas o naturales el 26,5%.

Los anteriores fenómenos han originado la desagregación vertical del servicio, dado que las diferentes componentes del servicio pueden ser prestados por diferentes operadores al mismo tiempo, creando estas ventajas competitivas y economías de especialización hecho que ha permitido el nacimiento de un mercado de libre contratación, entre los municipios y los operadores y entre estos y los usuarios. Como expresión de estas tendencias, y gracias a la demanda cautiva que garantiza el servicio, se pueden identificar dos tipos de contratos:

El primero, se presenta cuando los municipios otorgan con o sin exclusividad mediante un contrato la prestación integral del servicio de aseo uno o varios de sus componentes del servicio a una EPS. Esta tendencia permite mayor productividad por parte de los operadores al especializarse en un solo componente del servicio. Para el año 2006

en una muestra de 31 contratos estudiados por SSPD se encontró que el 74.2% de estos corresponde a los cebrados entre el municipio y un operador privado⁹⁷.

El segundo, es el caso de empresas públicas, que tienen la obligación de prestar el servicio y subcontratan con otros operadores (EPS) la prestación de del mismo, dado el conocimiento y experiencia que presenta el operador privado. Esta modalidad se caracteriza porque la empresa pública participa en la creación EPS por acciones con una EPS privada existente en otro municipio, el nuevo operador creado subcontrata todos o algunos de los componentes del servicio, que requiera de su socio estratégico: el municipio⁹⁸.

3. PRÁCTICAS DESLEALES DE LA COMPETENCIA EN EL MERCADO DE ASEO

El aumento de los actores públicos y privados ha originado un sin número de conductas contrarias a la libre competencia tipificadas como ilegales por el ordenamiento jurídico colombiano. Estos conflictos se presentan entre operadores, entre usuarios y operadores y entre operadores y terceros y se han producido en las ciudades como: Bogotá, Bucaramanga, Girón, Foridablanca, Piedecuesta, Ibagué, Girardot, Cali, Medellín, entre otros municipios, donde los operadores compiten por el usuario y existe libertad de elección de quién le presta el servicio.

La SSPD entre el 2004 y 2007 impuso multas que ascienden a \$10.000 millones⁹⁹ a los operadores todos los servicios públicos por incurrir en prácticas desleales de competencia. Para el caso del servicio de aseo las sanciones en 2006 ascendieron a más de \$850 millones¹⁰⁰. Se destaca que

la duración del cada proceso en promedio fue de 18 meses. Las sanciones fueron de inmediato cumplimiento, con el fin de dar señales al sector sobre los límites de la libre competencia y permitir la profundización de la competencia¹⁰¹.

Por tal razón, enseguida se presenta un análisis de las conductas desleales de la competencia de acuerdo con los actos administrativos expedidos por la SSPD y la CRA. Este tipo de actos se presentan en primer lugar entre prestadores de servicio público de aseo, en segundo lugar, entre los operadores y los usuarios y en tercer lugar, entre prestadores del servicio público y terceros. A continuación se enumeran las prácticas restrictivas a la competencia identificadas por la SSPD¹⁰².

3.1 Prácticas restrictivas a competencia

Como antes se señaló la legislación colombiana mediante el RSPD, el Decreto 2153 de 1992 que reglamento la Ley 155 de 1959 y la Ley 256 de 1996 establece tres tipos de prácticas restrictivas: competencia desleal, prácticas restrictivas a la competencia y abuso de posición dominante. En dichas conductas los operadores del servicio público domiciliarios de aseo cometen un sin número de infracciones a la libre competencia como enseguida se muestra.

3.2 Competencia desleal

3.2.1 Desacreditación de la competencia

Según la SSPD en el servicio de aseo se presentan campañas de desprestigio entre los competidores del servicio con el fin de promover la desafiliación de usuarios. Esta práctica viola abiertamente la Ley 256

de 199¹⁰³ el cual señala como principio la buena fe comercial y la libertad de escoger por parte del consumidor. El segundo, establece como un acto de competencia desleal todos los actos de desacreditación de la competencia basados en la divulgación de información inexacta y tendenciosa por parte del competidor. Se destacan también conductas relacionadas con la desviación de la clientela (Art. 8°) y la utilización o difusión de indicaciones o aseveraciones falsas (Arts. 11° y 12°) e inducción a la ruptura contractual (Art. 17°).

La firma de aseo de Bucaramanga S.A. ESP al restringir en forma indebida la competencia en el mercado de Bucaramanga, al ejercer presuntos actos de competencia desleal contra las empresas Ciudad Capital S.A. ESP y Limpieza Urbana S.A. ESP derivados de las relaciones comerciales con los usuarios al otorgar privilegios y discriminaciones injustificados estuvo violando el artículo 34 del RSPD. Para lo anterior la SSPD sancionó la compañía con \$100 millones¹⁰⁴.

3.2.2 *Prácticas que limitan la libre decisión del usuario mediante la confusión y engaño*

Son frecuentes en el servicio de aseo estas prácticas entre operadores. La primera, es que se cambian los procedimientos de vinculación y desvinculación de los usuarios a través de la exigencia de requisitos no señalados por la Ley. La segunda, es el aumento del tiempo necesario en el trámite de desafiliación del usuario cuando decide cambiarse de operador.

Por ejemplo, un caso típico de esta práctica ocurrió cuando los funcionarios de la Empresa Limpieza Urbana S.A. ESP de acuerdo a la gestión adelantada en el municipio de Girón vinculó unos usuarios. Mientras,

el operador Caralimpia S.A. ESP se negaba a dar por finalizado el contrato argumentando el no cumplimiento de las normas señaladas en el Contrato de Condiciones Uniformes por parte de los usuarios¹⁰⁵. Así mismo, la SSPD impuso una multa a la firma Aseo de Bucaramanga S.A., ESP, por ejercer abuso de posición dominante a vincular y facturar usuarios sin el cumplimiento de los requisitos legales¹⁰⁶.

En concordancia con lo establecido en la Ley 256 de 1996¹⁰⁷ esta conducta constriñe la libre concurrencia al producir actos de confusión y engaño entre los consumidores afectando la libertad de decisión y por la tanto, en el libre funcionamiento del mercado.

La SSPD investigó a la compañía Ciudad Capital S.A. ESP de Bucaramanga por acto de competencia desleal al desviar la clientela de la actividad. Lo que pudo probar la SSPD por medio de pruebas testimoniales y documentales que la empresa sancionada presionaba a los usuarios mediante engaño, confusión, e imitación para que éstos se cambiaran de empresa operadora. De acuerdo, con el acervo probatorio la Superintendencia concluyó que la empresa sí incurrió en una conducta de competencia desleal al inducir en error a los usuarios al hacerlos firmar un documento que no era una encuesta sino un derecho de petición solicitando su desafiliación. Por lo cual la SSPD le impuso una multa de 130 millones de pesos¹⁰⁸.

La Sociedad Limpieza Urbana S.A. ESP ejerció actos de competencia desleal en el mercado de aseo de Bucaramanga cuando celebró contratos de servicios especiales de aseo con los usuarios por lo cual la SSPD abrió un proceso. En la investigación se pudo establecer que la empresa engañó a los suscriptores con contratos especiales cuando en realidad se trataba del mismo contrato

de servicio ordinario. Por esta infracción la SSPD le impuso una multa de \$15 millones a la compañía¹⁰⁹.

3.2.3 Ofrecimiento de tarifas más bajas

La Superintendencia ha identificado que los operadores disminuyen artificialmente la tarifa mediante el no cobro de la contribución que los estratos 5 y 6 y los sectores comerciales e industriales están obligados a cancelar. Esta práctica logra por parte de algunos competidores tener una ventaja competitiva mediante el incumplimiento al marco legal establecido la conducta de competencia desleal está tipificada en la Ley 256 de 1996.

La firma Casa Limpia S.A. ESP., prestadora del servicio de aseo de Girón denunció a la empresa Ciudad Capital ESP. de estar cometiendo competencia desleal cuando informó a los usuarios de manera engañosa sobre el ofrecimiento de tarifas más baratas, con frecuencias mayores, y rebaja en otros servicios si se afiliaban a compañía Ciudad Total. En consecuencia, la SSPD sancionó a dicha empresa con \$300 millones¹¹⁰.

3.3 Abuso de posición dominante

3.3.1 Creación de barreras a la entrada al sitio de disposición final y restricciones en la facturación conjunta

Dos prácticas de abuso de posición dominante ocurren en algunas ciudades de país. En la primera, los operadores o propietarios del sitio de disposición final colocan restricciones para el recibo y tratamiento de los residuos de los otros competidores, con lo cual crea una barrera de entrada al mercado. En la segunda, dado que el servi-

cio de aseo se cobra mediante facturación conjunta con los servicios de acueducto y alcantarillado, la firma que expide la factura en forma conjunta con el operador de aseo decide unilateralmente a cuál prestador le expide la factura y coloca barreras para acceder al contrato de facturación conjunta y establece condiciones distintas para cada operador.

Es substancial resaltar que estas conductas están contempladas en el Decreto 2153 de 1992¹¹¹, que establece como una forma de abuso de posición dominante el impedir el acceso a terceros al mercado o a los canales de comercialización. Igualmente, la norma advierte que la aplicación de condiciones discriminatorias trae como consecuencia que un operador queda en una situación ventajosa frente a otro prestador en condiciones similares.

Un ejemplo que ilustra esta situación fue investigada por la CRA en 1996. En efecto, la Empresa Ciudad Capital S.A. ESP denunció la prohibición por parte de la empresa de Aseo de Bucaramanga ESP de ingresar los vehículos al sitio de disposición final hecho lo que trajo como consecuencia la suspensión de servicio en las zonas donde Ciudad Capital prestaba el servicio. Así mismo, se presenta un conflicto entre estos dos operadores relacionadas con la prestación simultánea del servicio de aseo a un grupo de usuarios lo que generó doble cobro a los usuarios y una deficiencia en la facturación conjunta¹¹².

En 2007 la SSPD impuso una multa de \$400 millones a la empresa Aseo de Bucaramanga S.A. ESP, por ejercer abuso de posición dominante por no permitir entre noviembre de 2002 y marzo de 2003 el ingreso al relleno sanitario conocido como Carrasco a la Empresa Limpieza Urbana

ESP¹¹³ sólo lo permitió mediante dos fallos de tutela¹¹⁴.

La SSPD encontró que la compañía Ingeambiente ESP, radicada en Distrito de Cartagena, abusó de su posición dominante al negarse a prestar el servicio de disposición final como componente del servicio de aseo, bajo la excusa de no tener las mejores condiciones técnicas. La SSPD comprobó que no existían condiciones objetivas para suspender el servicio. En sanción se aclaró que lo que se castiga no es la posición de dominio del mercado, sino su abuso al no existir en esa ciudad otro sitio de disposición final y negarse a prestar el servicio por lo cual se le impuso una sanción de 50 millones de pesos¹¹⁵.

La empresa de aseo de Bucaramanga S.A ESP que operaba el sitio de disposición final, denominado Carrasco, donde disponen 15 municipios del área metropolitana de esa ciudad creó barreras que no permitan la entrada de los vehículos de firma Limpieza Urbana SA ESP al sitio de disposición final. La SSPD le abrió un proceso por ejercer abuso de posición dominante en la prestación del servicio de disposición final frente al operador de Limpieza Urbana al no dejarlo entrar a dicho sitio. Por lo cual se sancionó la empresa con \$50 millones¹¹⁶.

3.3.2 Creación de barreras a los usuarios

La empresa de aseo de Bucaramanga S.A ESP ejerció abuso de posición dominante frente a sus usuarios al aplicar la cláusula vigésima del contrato (el contrato tiene una duración de dos años) de servicios públicos incurriendo en la prohibición del artículo 133.19 del RSPD. La expresión que se refiere a que dicho contrato tiene vigencia desde su publicación, cuando en realidad tiene vigencia a partir desde el momento en que

se presta el servicio obligando a permanecer más tiempo al usuario lo que se constituye en abuso de posición dominante. Para lo cual se sancionó la empresa con \$50 millones¹¹⁷.

La SSPD abrió investigación a las Empresas Varias de Medellín ESP por la violación a los derechos de los usuarios a la libre elección del prestador porque rechazó solicitudes de desvinculación de 503 usuarios que dieron muestra inequívoca de querer terminar el contrato y la empresa lo impidió. Por el cargo se impuso una multa de 50 millones de pesos¹¹⁸.

3.3.3 Costos superiores a la competencia en el componente de disposición final

Existe otra práctica y consiste en cobrar costos superiores de los regulados por la CRA. El abuso de posición dominante está claramente identificado en el RSPD en el artículo 34.3 que señala la prohibición de prácticas discriminatorias como elevar tarifas con el propósito de restringir la competencia.

3.4 Prácticas restrictivas de la competencia

3.4.1 Se manipulan tarifas en forma artificial

Se disminuyen las tarifas en forma artificial o se cobran por debajo de los costos económicos del servicio, se han identificado tres mecanismos. El primero, se cobra una menor tarifa por el hecho de desafiliarse del actual operador. Segundo, se cobran tarifas por debajo de los costos al no incluir dentro del servicio algún componente¹¹⁹. Tercero, no actualizan las tarifas de acuerdo con lo previsto en el RSPD.

De acuerdo con los artículos 34.1, 34.2, y 98 del RSPD¹²⁰ se considera una práctica restrictiva a la competencia cuando se ofre-

cen tarifas inferiores a los costos del servicio, con el objetivo de desplazar competidores, limitar la entrada de nuevos operadores y tener posición dominante en el mercado con los actuales o con los futuros clientes. El RSPD señala que la violación de estas normas da lugar a que el sistema tarifario se someta a regulación por parte de la CRA.

Por ejemplo, la empresa Transbain Cia ESP cometió prácticas discriminatorias y abusivas a la competencia al cobrar a los usuarios industriales y comerciales una tarifa menor en un 40% y al no facturar los aportes solidarios y contribuciones, hecho que se refleja en una menor tarifa al tener una estructura de costos menor que si tiene el competidor. En contraste, Triple A de Barranquilla¹²¹ empresa prestadora realiza el cobro de la tarifa de acuerdo con las condiciones legales¹²².

Los operadores del servicio domiciliario de aseo en diferentes ciudades del país fueron sancionados por incorporar dentro de sus tarifas un costo no autorizado en el componente de disposición final. La SSPD les impuso una multa que suma cerca de \$235 millones a las Empresas Varias de Medellín E.S.P.,¹²³ Biorgánicos del sur del Huila ESP¹²⁴, la Empresa Multipropósito de Calarca. E.S.P.¹²⁵, y Enviaseo¹²⁶.

Igualmente, la SSPD sancionó a la Unidad de Servicios Ejecutiva de Servicios Públicos (UESP) coordinadora de la prestación del servicio de aseo de Bogotá y propietaria del Relleno doña Juana por haberle cobrado al operador Emsechoachi empresa de aseo del municipio de Choachí¹²⁷ una tarifa no autorizada por el uso del sitio de disposición final, la UESP fue sancionada por parte de la SSPD con la devolución de los dineros al operador y con una multa de 160 millones de pesos¹²⁸.

3.4.2 Se ofrecen servicios que no se incluyen en el contrato de condiciones uniformes

Se prestan servicios gratuitos como limpieza de *shuts*, poda de jardines internos, lavado de los depósitos de agua, mantenimiento de depósitos de basuras y limpieza de áreas comunes internas con el objetivo de promover la vinculación del usuario. En concordancia indicado por el RSPD¹²⁹ se considera restricciones indebidas a la competencia la prestación gratuita de servicios no contemplados en el contrato de condiciones uniformes.

La SSPD abrió un proceso con el fin de establecer si la Sociedad Limpieza Urbana S.A. ESP ejerció actos de competencia desleal en el mercado de aseo de Bucaramanga, derivado de prestar el servicio domiciliario de aseo en forma gratuita cuando ésta corresponde a otro prestador. Al comprobar la infracción la SSPD le impuso una multa de \$15 millones¹³⁰.

3.4.3 Acuerdos para evitar la entrada de nuevos prestadores

La SSPD ha encontrado ciudades donde algunos operadores realizan alianzas estratégicas con el fin de evitar la entrada de nuevos competidores al mercado. Esta conducta también está señalada como ilegal por el Decreto 2153¹³¹ al impedir que terceros ingresen al mercado.

3.4.4 Prácticas restrictivas a competencia entre operadores y usuarios.

El RSPD determinó que el régimen legal del contrato de servicios públicos se regirá por lo dispuesto en esta ley, por las condiciones especiales que se pacten con los usuarios, por las condiciones uniformes que señalen

las comisiones y por las normas del Código de comercio. La CRA mediante las resoluciones 14 de 1996 y 151 de 2001 adoptó el modelo de condiciones uniformes del servicio público ordinario de aseo, siguiendo los parámetros exigidos por la Ley.

De otra parte, el RSPD en su artículo 9.2 señala que los usuarios de los servicios públicos tienen derecho a la libre elección del prestador del servicio y el artículo 9.4 en forma explícita mencionó que el usuario podrá obtener información sobre todas las actividades y operaciones que realicen los operadores en la prestación del servicio público de aseo.

En concordancia con lo anterior, el modelo legal no solo tiene una serie de disciplinas sobre la competencia desleal entre competidores, sino también un marco sobre los abusos de posición dominante que ejercen los operadores sobre los usuarios, puesto que la libre competencia puede generar distorsiones en las tarifas y por esta vía una disminución de la calidad y continuidad del servicio, lo cual se reflejará en el número de quejas y reclamos de los usuarios.

Bajo estas consideraciones, los abusos a que son sometidos los usuarios parte de los operadores en el proceso de competencia están tipificados en la Ley 256 de 1996¹³². Esto se observa cuando se producen actos de confusión, engaño y descrédito entre los consumidores o mediante la violación de una norma hechos que distorsionan la percepción del servicio afectando la libre elección del prestador por parte del usuario señalado en el RSPD.

3.4.5 Vinculación y desvinculación de los usuarios.

De acuerdo con el RSPD en el artículo 9.2 los usuarios de los servicios públicos tie-

nen derecho, además de los consagrados en el Estatuto General de Usuario de la libre elección del prestador. Sin embargo los prestadores incurren en las siguientes prácticas frente a los suscriptores:

- Cambian los procedimientos de vinculación y desvinculación de los usuarios a través de la exigencia de requisitos no señalados por la Ley.
- Aumentan el tiempo necesario en el trámite de desafiliación del usuario cuando este decide cambiarse de operador.
- Afilian al servicio mediante prácticas dolosas como hacer firmar solicitudes de cambio de operador a menores de edad o personas del servicio doméstico.

El enfrentamiento entre las empresas Aseo de Bucaramanga S.A. ESP¹³³ y Ciudad Capital S.A. ESP esta última que gracias a su trabajo de mercadeo logró vincular un sin número de usuarios Consistió en que la compañía Aseo de Bucaramanga se negó a recibir las solicitudes de desvinculación, dilató el trámite y respuesta a los usuarios que solicitaron la terminación del contrato, originándose la prestación simultánea del servicio por parte de las dos empresas en una misma zona¹³⁴. La SSPD impuso una multa a la empresa Aseo de Bucaramanga S.A. ESP y desplegó conductas desleales de competencia frente a la firma Ciudad Capital al coaccionar a los usuarios a cambiar de prestador¹³⁵.

La SSPD impuso una multa de \$250 millones a la empresa Ciudad Capital S.A. ESP, por la violación al derecho de los usuarios de escoger libremente el operador al no permitir a los suscriptores de cambiar de prestador después dos años como lo establece la Ley¹³⁶. La sanción se efectuó porque

se comprobó que la empresa no le advirtió a los usuarios a partir de qué fecha se cuentan los dos años que permite desvincular a los clientes con una empresa operadora, tiempo previsto en el contrato de condiciones uniformes¹³⁷.

La empresa Metroaseo de Bucaramanga fue sancionada por la SSPD por no tramitar la desvinculación del servicio a 75 usuarios que solicitaron la salida del operador. Los usuarios nunca recibieron respuesta a pesar de haberla realizada mediante derecho de petición, tal hecho pone de presente el desconocimiento de la empresa tanto el derecho constitucional de petición¹³⁸ y legal de la libre escogencia del operador. Por lo cual la SSPD le impuso una multa de \$50 millones¹³⁹.

La firma Metroaseo de Floridablanca fue sancionada por la SSPD por incurrir en una conducta desleal contra la Empresa Municipal de Floridablanca mediante la ventaja adquirida frente a los competidores por medio de una infracción de una norma jurídica: no tramitar las solicitudes de desafiliación del servicio. Por lo cual la SSPD le impuso una multa de \$30 millones¹⁴⁰.

La SSPD impuso una multa a la empresa Aseo de Bucaramanga S.A ESP porque violó los derechos de los usuarios al dilatar la desvinculación de los suscriptores de la compañía constriñendo su libre elección¹⁴¹.

La SSPD sanciona a las Empresas Varias de Medellín ESP al restringir en forma indebida la competencia en el mercado de aseo de Medellín al ejercer actos de competencia desleal contra la Empresa Tierra Blanca S.A ESP Las Empresas Varias no sólo afectaron el derecho de los usuarios al escoger la empresa prestadora, sino que influyeron con terceros en la posibilidad de crear empresas que concurrirían en el mercado. Por

esta acusación le impuso una multa de \$50 millones¹⁴².

La empresa de aseo de Bucaramanga S.A. ESP violó los derechos de los usuarios por no recibir ni tramitar peticiones relativas a la desvinculación de suscriptores del servicio público de aseo y afectar su derecho a la libre elección¹⁴³. Los cargos imputados fueron probados, por lo cual la SSPD la sancionó con 100 millones de pesos.

3.4.6 Información al usuario

Como antes se apuntó la empresa debe dar a conocer el contrato de condiciones uniformes al usuario, sin embargo, el operador no divulga al usuario dicho contrato con el fin de vulnerar sus derechos, con lo cual el suscriptor no puede ejercer su libertad de escoger su prestador.

- El operador no responde las peticiones, quejas, reclamos y solicitudes con relación a la desvinculación de los usuarios del prestador.

El operador Limpieza Urbana S.A. ESP solicitó a CRA iniciar un investigación con el objetivo de resolver el conflicto presentado con la Empresa Municipal de Aseo de Floridablanca ESP el caso trato sobre la prestación simultánea a un número de usuarios del servicio de aseo que ya habían solicitado la terminación del contrato, pero que no habían tenido respuesta puesto que la firma Aseo de Floridablanca se rehúso a recibir el correo certificado, motivo por el cual se vieron obligados los suscriptores de colocar una tutela¹⁴⁴.

- El prestador no conceden los recursos de reposición y apelación a los usuarios.

La empresa Limpieza Urbana S.A. ESP gracias a su gestión del servicio en el municipio de Piedecuesta unos usuarios la eligieron como su prestador. Sin embargo, La Empresa Piedecuestana de Servicios Públicos ESP se ha negado a autorizar su traslado¹⁴⁵ y no responde a los derechos de petición de los usuarios.

- Se genera doble facturación cuando no es clara la afiliación o la desafiliación de un usuario, sin que quede claro quién prestó el servicio.

Un caso que ejemplifica el problema es el conflicto que se presentó entre la firma Limpieza Urbana S.A. ESP y el operador Empresa Servicios Públicos Metroaseo S.A. ESP. La última firma no adelantó los trámites necesarios con el objetivo de trasladar los usuarios originándose la prestación simultánea del servicio a unas zonas¹⁴⁶. La SSPD impuso una multa a la empresa Aseo de Bucaramanga S.A. ESP porque efectuó cobros no autorizados de tarifas a los usuarios¹⁴⁷.

3.4.7 Clasificación de Usuarios

- Uso de la base de datos del catastro de usuarios mediante la inclusión de un usuario sin que haya firmado un contrato.
- Modificación por parte del operador a un usuario las condiciones tarifarias al cambiarle el estrato o el tipo de usuario (residencial, comercial, multiusuario etc), en forma unilateral sin el requisito de las normas establecidas por la Ley.

La SSPD sancionó a la empresa Trash Busters S.A. ESP empresa prestadora del servicio de aseo en San Andrés, por el incumplimien-

to del marco legal al exigir requisitos no regulados a los multiusuarios y dilatar el otorgamiento de dicha clasificación a esos suscriptores. Por lo cual la Superintendencia la multó con \$60 millones¹⁴⁸.

La empresa Ensirva S.A. ESP de la Ciudad de Cali catalogó a los pequeños productores y al sector oficial por estrato socioeconómico, es decir en función de su capacidad de pago. Esta clasificación viola el RSPD que señala que solo se pueden estratificar los usuarios residenciales. La SSPD sancionó al operador con 100 millones de pesos¹⁴⁹.

3.5 Competencia desleal entre los operadores y el ente territorial

Es relevante señalar cómo no solo existen prácticas discriminatorias a la competencia entre los distintos agentes, entre prestadores y entre prestadores y usuarios que concurren al mercado; sino que a esta configuración, de por sí complicada, se le suma la existencia de un tercero, las autoridades municipales que con la responsabilidad que tienen sobre el servicio y al ser propietarios de una parte de la infraestructura del servicio modifican el comportamiento del mercado, mediante decisiones arbitrarias y unilaterales como las siguientes:

- Asignación de recursos de inversión y de subsidios a favor de un determinado prestador de origen público.
- Expedición de actos administrativos mediante los cuales se exigen licencias, permisos, el cumplimiento de ciertos requisitos de carácter ambiental y operativo por parte de las autoridades de los entes territoriales a algunos operadores con el fin de crear barreras a la entrada frente a los otros competidores.

- Falsa publicidad ante los usuarios contra un prestador que se quiere sacar o desprestigiar en el mercado.

De acuerdo con lo anterior y dado que la SSPD carece de competencia para investigar y sancionar actos de competencia desleal entre personas naturales o jurídicas (municipios) que no prestan servicios públicos, se recomienda modificaciones en la Ley con el fin de que esta entidad conozca e investigue dichas conductas.

CONCLUSIONES A MANERA DE RECOMENDACIONES

Se puede concluir que por la gran cantidad de conductas contrarias a la libre competencia, el ente regulador que se encarga de promocionar la competencia (CRA) y la nueva entidad que ejerce la vigilancia y control Superintendencia de Industria y Comercio con la doctrina existente sobre el tema debían de reglamentar las ASE por componentes que incluyan las nuevas realidades que no están presentes en el marco regulatorio existente. Es claro, que desde el punto de vista de eficiencia económica, no se puede permitir el libre acceso de operadores puesto que se corre el peligro que se lleve el servicio hasta donde no es económicamente y con ello es factible deterioro del servicio.

En otras palabras, para el caso del servicio de aseo de acuerdo con conductas estudiadas por la SSPD en materia de competencia se puede recomendar que se estudie la viabilidad jurídica por parte de la CRA de conformar ASE en los municipios en donde se presentan tantos conflictos que constriñen la competencia o donde las sanciones impartidas por el Estado no han logrado disuadir a los infractores.

Es conveniente advertir que el otorgamiento de ASE es una limitación a la libre competencia y el mecanismo regulatorio debe considerarse como una excepción solo aplicable cuando se demuestre que se hace necesario para mantener la cobertura a los usuarios de menores ingresos y por ser más eficiente. Sin embargo, las actuales disposiciones de la CRA contemplan la posibilidad de adjudicar zonas si se demuestre la conveniencia de tal decisión.

Así mismo, es necesario reglamentar la competencia por los usuarios, puesto que no es rentable por las características del servicio (economías de escala y de continuidad) que varios operadores atiendan una misma zona lo cual el disminuye la calidad del servicio y la tarifa aumenta. Aunque la anterior hipótesis requiere de mayor estudio técnico¹⁵⁰ es posible que donde se presenten mayores conflictos entre los competidores por el servicio de aseo, es donde los operadores no han logrado eficiencia económica al no poder consolidar un mercado al competir entre unos operadores en un mismo espacio por el mismo usuario.

De otra parte, es necesario advertir que después de más de una década de promulgado el RSPD, el avance global en materia de competencia en el mercado del servicio de aseo no es muy desarrollado. En efecto, la penetración privada ha tenido como propósito competir en el mercado municipal del servicio que competir por los usuarios. En efecto, en un estudio adelantado por la SSPD se evidencia que solo en 18 ciudades del país prestan el servicio más de dos prestadores¹⁵¹.

Esta tendencia se ratifica por la misma entidad al establecer que 18 grupos empresariales manejan el 37% del mercado del servicio de aseo, en tanto que el Estado

atiende el 33% a través de los municipios prestadores directos y el 30% restante es propiedad de 1.629 personas naturales o jurídicas que participan en distintas empresas. Para el componente de disposición final la SSPD encontró que el Estado atiende el 32% de los usuarios, los 18 grupos económicos el 41,5% y las demás personas jurídicas o naturales el 26,5%¹⁵².

En términos generales, las cifras antes reseñadas muestran en primer lugar que la competencia por el mercado de los usuarios es limitada de acuerdo con lo señalado en el RSPD al decretar libertad de escogencia por parte del usuario¹⁵³ y, se presenta mayor competencia por el mercado por componentes del mercado mediante formas asociativas, comunitarias, de subcontratación, en ASE, entre otras. El uso del precio techo por parte de la CRA ha permitido la competencia por el servicio y sus diferentes componentes puesto que posibilita negociar precios por debajo de los señalados en la regulación.

No obstante, aunque no predomine la competencia en el servicio de aseo, en el sentido amplio seguirá siendo de crucial importancia en el desarrollo empresarial del sector al generar señales claras a los futuros inversionistas y como parámetro de eficiencia para el mejoramiento de los operadores existentes. Esta dinámica es relevante en municipios donde el desarrollo empresarial ha sido limitado e incipiente.

BIBLIOGRAFÍA

Banco Mundial y la Corporación Financiera Internacional, *Doing Business, Como reformar años: 2007, 2006 y 2005*.

Banco Mundial, *Instituciones para los Mercados, Informe sobre el Desarrollo Mundial,*

Publicado por el Banco Mundial, Ediciones Mundi-Prensa, 2004.

Banco Interamericano Desarrollo, Colombia, *desafíos institucionales para promover la Competencia, working paper, Washington, junio 2004.*

BEJARANO, JESÚS, *Teoría de las estructuras de mercado, 1.ª ed., Bogotá, editorial Universidad Externado, 1986.*

BLANQUICET, AMAURY presentación, *Experiencia de la libre competencia en la prestación del servicio público de aseo en Colombia, SSPD, Pereira, septiembre de 2005. Disponible en: <http://www.sspd.gov.co>*

Capital Web & London Economics, *Promoción de la competencia en la prestación de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo. Informe final presentado a la CRA, mayo de 1999.*

Congreso de la República, *Ley 155 de 1959, por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas.*

Congreso de la República, *Ley 178 de 1994 de 29 de diciembre de 1994. Por medio de la cual se aprueba el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial.*

Congreso de la República, *Ley 1150 de 2007. Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos.*

Constitución Política de Colombia, Editorial Temis, 2001

CORREAL, MAGDA, presentación, *Avances en la vigilancia y el control del servicio público de aseo en Colombia, Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, agosto de 2007. Disponible en <http://www.sspd.gov.co>,*

Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, *Impactos regulatorios en*

- los sectores de acueducto, alcantarillado y aseo, agosto de 2006. Disponible en: <http://www.cra.gov.co>.
- Resolución 409 de 2006, por la cual se inicia la actuación administrativa tendiente a la solución de los conflictos generados por la prestación del servicio público de aseo entre la Empresa Limpieza Urbana S.A. ESP y la Empresa Municipal de Aseo de Floridablanca ESP.
 - CRA, Resolución 411 de 2006, por la cual se inicia la actuación administrativa tendiente a la solución de los conflictos generados por la prestación del servicio público de aseo entre la Empresa Limpieza Urbana S.A. ESP y la Empresa de Servicios Públicos Metroaseo S.A. ESP^o.
 - Resolución 412 de 2006, por la cual se inicia la actuación administrativa tendiente a la solución de los conflictos generados por la prestación del servicio público de aseo entre la Empresa Limpieza Urbana S.A. ESP y la Empresa Piedecuestana de Servicios Públicos ESP^o.
 - Resolución 398 de 2006, por la cual se inicia la actuación administrativa tendiente a la solución de los conflictos generados por la prestación del servicio público de aseo entre la empresa Ciudad Capital S.A. ESP y la Empresa de Aseo de Bucaramanga S.A. ESP.
 - Resolución CRA 246 de 2003, por la cual se inicia la actuación administrativa para la solución de los conflictos generados por la prestación del servicio ordinario de aseo entre la Empresa de aseo de Bucaramanga. ESP y Ciudad Capital S.A. ESP y por la facturación y recaudo por parte de la Compañía de Acueducto Metropolitano de Bucaramanga S.A. ESP.
 - Resolución CRA 408 de 2006, por la cual se inicia la actuación administrativa tendiente a la solución de los conflictos generados por la prestación del servicio público de aseo entre la Empresa Limpieza Urbana S.A. ESP y la Empresa de Aseo de Bucaramanga EMAB S.A. ESP.
- KHEMANI, SHYAM, Objetivos de la política de competencia, en la Revista Planeación y Desarrollo, vol. XXIV, n.º 2 mayo-agosto de 1993.
- Ministerio de Desarrollo Económico, Decreto 891 de 2002 artículos del 2 al 5, el cual se reglamenta el artículo 9.º de la Ley 632 de 2000.
- Ministerio de Desarrollo, Decreto 2153 de diciembre 30 de 1992, por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones.
- MIRANDA, ALFONSO. El Derecho de la Competencia en la Ley de los Servicios Públicos Domiciliarios. CEDEC III, Seminario 10. Pontificia Universidad Javeriana. 2.ª ed., 1997.
- MORENO, LUIS FERNEY, Servicios Públicos Domiciliarios, Ediciones Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2001.
- OROZCO, CLAUDIA, Marco Legal para la Promoción de la competencia en el derecho comparado y en Colombia, en la Revista Planeación y Desarrollo, vol. XXIV, n.º 2 mayo-agosto de 1993.
- PALACIOS, HUGO, La Competencia y los Servicios Públicos. Servicios Públicos Domiciliarios-Actualidad Jurídica, t. IV. Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. 2001.
- PALACIOS, HUGO, La competencia en los servicios públicos domiciliarios, la revista de Planeación y Desarrollo, vol. XXIV, n.º 3 septiembre-diciembre de 1997.
- SÁNCHEZ, LUQUE, GUILLERMO. PACHECO DE LEÓN, HUGO. OBREGÓN, GUILLERMO, ALVARADO, YESID, Del carácter singular del derecho de la competencia en los Servicios Públicos Domiciliarios. Revista Contexto,

- n.º 13. Universidad Externado de Colombia. 2002.
- SHYAM, KHEMANI. Objetivos de la Política de Competencia. En *Revista de Planeación y Desarrollo*, vol. XXIV, n.º 2 mayo a agosto de 1993.
- Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, Estudio Sectorial Aseo 2002-2005, Bogotá, D.C., noviembre de 2006.
- SSPD, Resolución 20074000040475 de diciembre de 2007.
- SSPD, Comunicado de prensa, julio 07 de 2008, Se fortalece la sana competencia en el servicio de aseo en Colombia
- v SSPD, Resolución 20054400007675 del 4 marzo de 2005.
- Resolución 20064400050155 del 15 diciembre de 2006.
- Resolución 20064400050165 del 15 diciembre de 2006.
- Resolución 20064400050215 del 15 diciembre de 2006.
- Resolución 20064400000045 del 17 del diciembre de 2007.
- Resolución 20074000040475 de diciembre de 2007.
- Resolución 20074400013045 del 22 de mayo de 2007.
- Resolución 20074000040475 del 10 diciembre de 2007
- Resolución 2007400030345 del 22 del octubre de 2007.
- Resolución 20064400033375 del 8 de septiembre de 2006
- Resolución 2006440027425 del 1 de septiembre de 2006.
- Resolución 20054400007675 del 4 marzo de 2005.
- Resolución 20064400000045 del 17 del diciembre de 2007.
- Resolución 2007400030345 del 22 del octubre de 2007.
- URRUTIA, MIGUEL, Competencia y desarrollo económico en la *Revista Planeación y Desarrollo*, vol. XXIV, n.º 2 mayo-agosto de 1993.
- WITKER, JORGE, Derecho de la Competencia en América, Canadá, Chile, Estados Unidos y México, Universidad Autónoma de México, editado por Fondo de Cultura Económica, México, 2005.
- * Contexto: *Revista de Derecho y Economía*, n.º 28, 2009, pp. 9 a 43.
- 1 Profesor del área de economía y de análisis económico del derecho del Departamento de Derecho Económico de la Universidad Externado de Colombia.
 - 2 La Ley en la Sección 1 señala "Se declara ilegal todo contrato, combinación en forma de trust o de otra clase, o conspiración restrictiva del tráfico o del comercio entre los estados o con países extranjeros". El texto de la Ley disponible en: <http://www.eumed.net/libros/2008a/369/Clayton.htm> [citado el 20 enero de 2010].
 - 3 La Ley en la sección 2. Establece que se "considera reo de delito punible a toda persona que monopolice o trate de monopolizar cualquier parte de la actividad o el comercio entre o los diversos estados o con naciones extranjeras y toda persona que se coaligue o entre en combinación con cualquier otra persona o personas para monopolizar cualquier parte del comercio entre los estados federados o con otros países". El texto de la Ley disponible en: <http://www.eumed.net/libros/2008a/369/Clayton.htm> [citado el 20 enero de 2010].
 - 4 Su contenido se resume en tres capítulos: Primero, prohibición de ciertas prácticas restrictivas de la competencia diferentes de los acuerdos de trust. Segundo, instrumentos legales para impedir la realización de prácticas prohibidas y 3) normas laborales. Disponible en: <http://www.eumed.net/libros/2008a/369/Clayton.htm> [citado el 20 enero de 2010].
 - 5 PALACIOS, HUGO, La competencia y los servicios públicos domiciliarios. En Congreso Nacional de Servicios Públicos y ANDESCO, Cartagena junio de 2000, p.8.
 - 6 Comunidad Económica Europea, los artículos 81 y 82 de la versión consolidada, del tratado constitutivo de la Comunidad Europea Título VI

- normas comunes sobre competencia, fiscalidad y aproximación de las legislaciones, capítulo 1 normas sobre competencia sección primera disposiciones aplicables a las empresas, Diario Oficial de las Comunidades Europeas C 325/33.
- 7 Banco Mundial, *Instituciones para los Mercados*, Informe sobre el Desarrollo Mundial, Washington, 2004, Ediciones Mundi-Prensa, pp. 133 -134.
 - 8 *Ibíd.* p. 142.
 - 9 Para el caso colombiano véase la Ley 550 de 1999, por la cual se establece un régimen que promueva y facilite la reactivación empresarial y la reestructuración de los entes territoriales para asegurar la función social de las empresas y lograr el desarrollo armónico de las regiones y se dictan disposiciones para armonizar el régimen legal vigente con las normas de esta ley.
 - 10 Banco, *Instituciones*, *Op cit.*, p. 135.
 - 11 RUBIO, MAURICIO, *Reglas de Juego y costos de transacción*, Bogotá 1998, Documento CEDE 96-08 p. 31. En una encuesta sobre el tema el 83,6% de los abogados señalaron que sus clientes se han visto afectados por estas prácticas de corrupción. (La encuesta se realizó en 61 oficinas de abogados y 205 empresas).
 - 12 Banco Mundial, *Corporación Financiera Internacional*, *Doing Business*, Washington, 2005, p. 6.
 - 13 *Ibíd.* p. 6
 - 14 Es relevante señalar que Colombia que para antes del 2010 tendrá firmados Tratados de Libre Comercio (TLC) con 54 naciones.
 - 15 WILLIAMSON, JOHN, *Latin American Adjustment, How Much Has happened*, Washington, Institut for International Economics, 1990. El economista JOHN WILLIAMSON acuñó esa expresión para describir la serie de reformas de mercado que las economías de América Latina requerían. Los diez puntos del consenso: 1. Disciplina fiscal. 2. El gasto público debe tener como objetivo mejorar la distribución del ingreso mediante el gasto en educación, la salud y la infraestructura. 3. Reforma impositiva aumentando la base. 4. Las tasas de interés deben ser competitivas. 5. Las exportaciones son el motor del crecimiento y ha de estimularse con una tasa de cambio competitiva. 6. liberar el comercio. 7. La entrada de inversión extranjera no debe tener restricciones. 8. Las privatizaciones son deseables. 9. La competencia es necesario promoverla. 10. Los derechos de propiedad son importantes para el crecimiento.
 - 16 KHEMANI, SHYAM, *Objetivos de la política de competencia*. En la *Revista Planeación y Desarrollo*, Volumen XXIV n. 2 mayo - agosto de 1993.
 - 17 Congreso De La Republica, Ley 155 de 1959, por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas.
 - 18 WITKER, JORGE, *Derecho de la Competencia en América, Canadá, Chile, Estados Unidos y México*, Universidad Autónoma de México, 1.ª ed., México, 2005, editado por Fondo de Cultura Económica, p. 51.
 - 19 PERRY, GUILLERMO, *Estado y sector privado en la constitución de 1991*, En: *Constitución económica colombiana*, 1.ª ed., Bogotá, julio de 1996, el *Navegante*, p. 126.
 - 20 *Constitución Política Colombia*, artículo 333.
 - 21 *Ibíd.*, el artículo 336 señala que "Ningún monopolio podrá establecerse sino como arbitrio rentístico, con una finalidad de interés público o social y en virtud de la ley. La ley que establezca un monopolio no podrá aplicarse antes de que hayan sido plenamente indemnizados los individuos que en virtud de ella deban quedar privados del ejercicio de una actividad económica lícita"
 - 22 *Ibíd.*, artículo 369 señala que "La ley determinará los deberes y derechos de los usuarios, el régimen de su protección y sus formas de participación en la gestión y fiscalización de las empresas estatales que presten"
 - 23 *Ibíd.*, artículo 78 sostiene que "La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización".
 - 24 Corte Constitucional, Sentencia C-616 de 2001 p. 22
 - 25 *Constitución*, *Op cit.*, artículo 334 señala 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 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".
 - 26 Corte Constitucional, Sentencia C-524 de 1995 define la libertad de empresa "hay que entender aquella libertad que se reconoce a los ciudadanos para afectar o destinar bienes de cualquier tipo

- (principalmente de capital) para la realización de actividades económicas para la producción e intercambio de bienes y servicios conforme a las pautas o modelos de organización típicas del mundo económico contemporáneo con vistas a la obtención de un beneficio o ganancia".
- 27 Consejo De Estado, Sección Tercera, Sentencia 26 de enero de 2006. Radicación AP 54001 23 31 0002002 0194401.
 - 27 Consejo De Estado, Sección Tercera, Sentencia 26 de enero de 2006. Radicación AP 54001 23 31 0002002 0194401.
 - 28 CORREA, MAGDALENA, la Libertad de empresa como una manifestación del libre desarrollo de la personalidad., En libro en memoria del profesor Dr. LUIS VILLAR BORDA, Universidad Externado de Colombia, p.160.
 - 29 Congreso de la Republica, Ley 155 de 1959, Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas.
 - 30 Ministerio De Desarrollo Económico, Decreto 2153 de diciembre 30 de 1992, en el artículo 2o. numeral 1 señala que la Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá la siguiente función: "Velar por la observancia de las disposiciones sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, en los mercados nacionales".
 - 31 Congreso de la Republica, Ley 256 de 1996, por la cual se dictan normas sobre competencia desleal.
 - 32 *Ibid.*, artículos 45 a 51.
 - 33 *Ibid.*, artículo 47
 - 34 *Ibid.*, artículo 48
 - 35 *Ibid.*, artículo 49
 - 36 *Ibid.*, artículo 51
 - 37 Congreso de la Republica, Ley 178 de 1994 de 1994, por medio de la cual se aprueba el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, hecho en París el 20 de marzo de 1883, revisado en Bruselas el 14 de diciembre de 1900, en Washington el 2 de junio de 1911, en La Haya el 6 de noviembre de 1925, en Londres el 2 de junio de 1934, en Lisboa el 31 de octubre de 1958, en Estocolmo el 14 de julio de 1967 y enmendado el 2 de octubre de 1979.
 - 38 Ministerio de Desarrollo Económico, Op cit., Ley 256 de 1996 artículos 7 al 14.
 - 39 Consejo de Estado, radicación 931 de junio de 1997. Citado por MORENO, FERNEY, Servicios Públicos Domiciliarios, pp. 199 - 200, Ediciones Universidad Externado de Colombia. Bogotá 2001.
 - 40 Congreso de la República, Ley 142 de 1994, por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones. Esta Ley se aplica a los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible, telefonía pública básica conmutada y la telefonía local móvil rural.
 - 41 *Ibid.*, artículo 23.
 - 42 *Ibid.*, artículo 22.
 - 43 Artículo 9.2 del RSPD señala que los usuarios pueden elegir el prestador del servicio y del proveedor de los bienes necesarios para su obtención o utilización.
 - 44 *Ibid.*, artículos 9.2, 9.4, 11.4, 14.31, 27.6, 28, 35, 135, 136, 137, 138, 147, 148, 149, 154, 159.
 - 45 *Ibid.*, artículo 128.
 - 46 SÁNCHEZ LUQUE, PACHECO DE LEÓN, HUGO. OBREGÓN, GUILLERMO, ALVARADO, YESID. Del carácter singular del derecho de la competencia en los Servicios Públicos Domiciliarios. Revista Contexto n.º 13. Universidad Externado de Colombia. 2002, p. 31.
 - 47 URIBE, EVAMARÍA, Introducción servicios públicos, vigilancia y control y protección de la competencia, Revista el observador de los servicios públicos, Publicación de la Superintendencia de Servicios Públicos n.º 1 Año 1 Junio de 2008, p. 14.
 - 48 RSPD, artículo 52.
 - 49 Artículo 88 de la Ley 142 de 1992 o RSPD 50 *Ibid.*, artículos 73 y 74 literal 2
 - 51 *Ibid.*, artículo 74.2 52 *Ibid.*, artículo 14.18.
 - 53 Superintendencia de Industria y Comercio, "La regulación y la competencia" Disponible en http://www.sic.gov.co/Articulos_Pagina_Principal/Noticias/2006/Competencia/La_Regulacion.php
 - 54 *Ibid.*, artículo 73.21
 - 55 *Ibid.*, artículo 73.25
 - 56 *Ibid.*, artículo 2.6
 - 56 *Ibid.*, artículo 2.6
 - 57 *Ibid.*, artículo 11.1
 - 58 *Ibid.*, artículos 34.1 a 34.6
 - 59 *Ibid.*, artículo 14.13.
 - 60 El mercado relevante permite conocer el espacio (geográfico, tamaño del mercado, etc) de competencia en el que se mueven los agentes económicos.
 - 61 Sin embargo, el participar con un alto porcentaje el mercado no garantiza que se esté abusando, por lo cual el marco normativo debe establecer cuáles

- son los parámetros que se tipifican esta conducta.
- 62 *Ibíd.*, artículo 133.1 a 133.26
- 63 *Ibíd.*, los artículos 73.8 y 73.9
- 64 *Ibíd.*, artículo 73.13
- 65 *Ibíd.*, artículos 73.14
- 66 *Ibíd.*, artículos 28 y 73
- 67 Véase, artículo 13 numeral 32 de la Ley 689 de agosto 2001, por la cual se modifica parcialmente la Ley 142 de 1994.
- 68 Congreso de la República, artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia.
- 69 *Ibíd.*, artículo 6
- 70 WITKER, Op cit., p. 49.
- 71 El modelo de competencia no requiere gran cantidad de oferentes, si hay entrada a la industria y todas las firmas existentes o potenciales están enfrentadas a costos similares u análogos lo cual implica una función de producción de buen comportamiento y homogéneas.
- 72 STIGLER, GEORGE, "Competencia, estática y dinámica y equilibrio" Disponible en: <http://www.eumed.net/cursecon> [citado el 2 diciembre de 2009].
- 73 BEJARANO JESÚS, Teoría de las estructuras de mercado, 1.ª ed. Bogotá, 1986. editorial Universidad Externado, pp. 41-45.
- 74 Es necesario señalar que la decisión de inversión parte de la cuantificación de los siguientes costos: Los costos de oportunidad en el momento en que ocurren y en diferentes momentos del tiempo. La valoración de resultados en los cuales van implícitos los niveles de riesgo, y la cuantificación de los costos que directa o indirectamente afectan el bienestar y los ingresos del productor.
- 75 La cualificación de los beneficios es medido por el excedente de consumidor a través de la disposición a pagar de los distintos individuos por medio de la variación compensada y la variación equivalente, las cuales son las medidas monetarias de los cambios en la satisfacción de los individuos, debidos a variaciones en el consumo.
- 76 HARBERGER, ARNOLD, "Necesidades básicas versus ponderaciones distributivas en el análisis costo-beneficio", mimeo Universidad de los andes, Bogotá, 1991.
- 77 BECKER, GARY, "La naturaleza de la competencia" mimeógrafo, p.1.
- 78 VON HAYEK, FRIEDRICH, "La competencia como proceso de descubrimiento" mimeógrafo p. 7.
- 79 BECKER, GARY, Op cit., p.1.
- 79 BECKER, GARY, Op cit., p.1.
- 80 PALACIOS, HUGO, El Derecho de los Servicios Públicos Domiciliarios, 1.ª ed., Bogotá, Editorial Derecho Vigente, 1999. p. 44.
- 81 AYALA, JOSÉ: Instituciones para mejorar el desarrollo, un nuevo pacto social para el crecimiento y el bienestar, 1.ª ed., México, 2003, Edición Fondo de Cultura Económica, p. 242
- 82 Estas empresas tienen un proceso de constitución que incluye, entre otros, un contrato de constitución de la sociedad, escritura en Cámara de Comercio, inscripción en la CRA y la SSPD y si tiene capital público es necesario contar con la aprobación del Concejo o la Asamblea.
- 82 Estas empresas tienen un proceso de constitución que incluye, entre otros, un contrato de constitución de la sociedad, escritura en Cámara de Comercio, inscripción en la CRA y la SSPD y si tiene capital público es necesario contar con la aprobación del Concejo o la Asamblea.
- 83 Congreso de la República, Ley 286 de 1996, por la cual se modifican parcialmente las leyes 142 y 143 de 1994.
- 84 Artículo 14.6, define la empresa de servicios públicos mixta, en RSPD.
- 85 *Ibíd.* artículo 14.5. define la empresa de servicios públicos oficial.
- 86 *Ibíd.* en el artículo 14.7 define la empresa de servicios públicos privada.
- 87 Congreso de la República, Ley 489 de 1998 en su artículo 85 define las empresas industriales y comerciales del Estado como organismos creados por la ley o autorizados por ésta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial y de gestión económica conforme a las reglas del Derecho Privado.
- 88 Congreso de la República, Exposición de motivos del régimen de servicios públicos domiciliarios proyecto de Ley. Gaceta del Congreso, año 1 n.º 162, 17 de noviembre de 1992.
- 89 SUPERINTENDENCIA Estudio Aseo, Op cit., pp. 40 - 44.
- 90 Utilizando dos fuentes distintas: el Inventario Sanitario Nacional y la SSPD.
- 91 Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, Impactos regulatorios en los sectores de acueducto, alcantarillado y aseo, agosto de 2006, p. 9.
- 92 *Ibíd.* p. 81.
- 93 El artículo 40 del RSPD advierte que: "por motivos de interés social y con el propósito de que la co-

- bertura de los servicios públicos se pueda extender a las personas de menores ingresos, la entidad o entidades territoriales competentes podrán establecer mediante invitación pública, áreas de servicio exclusivas, en las cuales podrá acordarse que ninguna otra empresa de servicios públicos pueda ofrecer los mismos servicios en la misma área".
- 94 SUPERINTENDENCIA Estudio Aseo, Op cit., pp. 40 - 44.
- 95 *Ibíd.*, pp. 41 - 44.
- 96 Comisión de Regulación, Impactos, Op cit., p. 79.
- 97 SUPERINTENDENCIA, Sectorial, Op cit., p. 41.
- 98 *Ibíd.* p. 41.
- 99 URIBE, Op cit., p. 16.
- 100 SUPERINTENDENCIA, Informe Sectorial, Op cit., p. 57.
- 101 URIBE, Op cit., p. 16.
- 102 SUPERINTENDENCIA, Informe Sectorial, Op cit., pp. 53 - 55.
- 103 Artículos 7 y 12, Ley 256 de 1996, por la cual se dictan normas sobre competencia desleal
- 104 El artículo 34 define la prohibición de prácticas discriminatorias, abusivas o restrictivas, cuando "Las empresas de servicios públicos, en todos sus actos y contratos, deben evitar privilegios y discriminaciones injustificados, y abstenerse de toda práctica que tenga la capacidad, el propósito o el efecto de generar competencia desleal o de restringir en forma indebida la competencia".
- 105 CRA, Resolución CRA n.º 410 de 2006, por la cual se inicia la actuación administrativa tendiente a la solución de los conflictos generados por la prestación del servicio público de aseo entre la Empresa Limpieza Urbana S.A. ESP. y la Empresa Caralimpia S.A. E.S.P.
- 106 SSPD, Resolución No 20074000040475 de diciembre de 2007, por la cual se le impuso una multa de \$400 millones a la Empresa Aseo de Bucaramanga S.A ESP.
- 107 Artículos 10 y 11 de la Ley 256 de 1996, Op cit.,
- 108 SSPD, Resolución n.º 002321 del 28 julio de 2004.
- 109 SSPD, Resolución No 20074400036775 del 29 de noviembre de 2007.
- 110 SSPD, Resolución No, 20054400002615 del 16 de febrero de 2005.
- 111 Los artículos 50.2, 50.4, 50.6 del Decreto 2153 de diciembre 30 de 1992, por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones. Aunque el Decreto no es posterior a la constitución del 1991 sigue vigente porque no fue explícitamente derogado.
- 112 CRA, Resolución CRA N° 246 de 2003, por la cual se inicia la actuación administrativa para la solución de los conflictos generados por la prestación del servicio ordinario de aseo entre la Empresa de aseo de Bucaramanga. ESP y Ciudad Capital S.A. ESP y por la facturación y recaudo por parte de la compañía de Acueducto Metropolitano de Bucaramanga S.A. ESP".
- 113 SSPD, Resolución No 20074000040475 de diciembre de 2007, por la cual se le impuso una multa de \$400 millones a la Empresa Aseo de Bucaramanga S.A ESP.
- 114 SSPD, Resolución No 20064400033375 del 8 de octubre de 2006.
- 115 SSPD, Resolución No 20064400026185 de 26 de septiembre de 2006.
- 116 SSPD, Resolución No 200644000000045 del 17 del diciembre de 2007.
- 117 SSPD, Resolución No 200644000000045 del 17 del diciembre de 2007.
- 118 SSPD, Resolución No 2007400030345 del 22 del octubre de 2007.
- 119 Se disminuyen los costos al prestar el servicio de aseo con maquinaria y vehículos sin el cumplimiento de las normas técnicas o la disminuir las frecuencias en el servicio de barrido.
- 120 Artículos 98.1 y 98.2 del RSPD.
- 121 Es significativo señalar que Barranquilla goza de ASE otorgada por la Alcaldía a la Sociedad de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Barranquilla S.A ESP.
- 122 SSPD, Resolución No 003241 de 23 julio de 2003.
- 123 SSPD, Resolución No 20064413815 del 26 abril de 2006. Se le impuso una multa de \$160.000.000
- 124 SSPD, Resolución No 20064400050195 del 15 de diciembre de 2006. Se le impuso una multa de \$25.000.000.
- 125 SSPD, Resolución No 20064400003705 de 12 de febrero de 2006. Se le impuso una multa de \$24.720.000.
- 126 SSPD, Resolución No 20064400050075 del 15 de diciembre de 2006. Se le impuso una multa de \$25.000.000.
- 127 Es necesario señalar que ante la carencia de rellenos sanitarios por parte de los municipios cercanos a Bogotá mediante convenios se permitió la disposición de residuos de dichos municipios en el relleno Doña Juana.

- 128 SSPD, Resolución No 20054400004785 del 15 de marzo de 2005. Se le impuso una multa de \$160.000.000.
- 129 artículos 34.2 del RSPD
- 130 SSPD, Resolución No 20074400036775 del 29 de noviembre de 2007.
- 131 El artículo 47.10 del Decreto 2153 de diciembre 30 de 1992, Op cit.,
- 132 Ley 256 de 1996, Op. cit. artículos 10, 11, 12 y 18
- 133 CRA, Resolución CRA No. 398 de 2006, por la cual se inicia la actuación administrativa tendiente a la solución de los conflictos generados por la prestación del servicio público de aseo entre la empresa Ciudad Capital S.A. ESP y la Empresa de Aseo de Bucaramanga S.A. ESP.
- 134 CRA, Resolución CRA n.º 408 de 2006, por la cual se inicia la actuación administrativa tendiente a la solución de los conflictos generados por la prestación del servicio público de aseo entre la Empresa Limpieza Urbana S.A. ESP y la Empresa de Aseo de Bucaramanga EMAB S.A. ESP.
- 135 SSPD, Resolución n.º 20074000040475 de diciembre de 2007, por la cual se le impuso una multa de \$400 millones a la Empresa Aseo de Bucaramanga S.A. ESP.
- 136 CRA, Resolución CRA 151, Anexo 3, la cláusula vigésima primera de contrato de condiciones uniformes de la: las partes podrán terminar por mutuo acuerdo el contrato, cuando lo solicite un suscriptor o usuario vinculado al contrato Por lo tanto, la Ley es clara que los usuarios tienen el derecho de desvincularse del operador que presta el servicio, sin que el prestador presente dilaciones injustificadas después de años. p.229.
- 137 SSPD, Resolución No 20064400033375 del 08 de septiembre de 2006.
- 138 El Derecho de petición consagrado en la Constitución de 1991 en el artículo 23 permite a los ciudadanos contar con mecanismos rápidos y ágiles para resolver sus inquietudes ante la Administración pública. El artículo señala "Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución. El legislador podrá reglamentar su ejercicio ante organizaciones privadas para garantizar los derechos fundamentales".
- 139 SSPD, Resolución No 20074400013045 del 22 de mayo de 2007.
- 140 SSPD, Resolución No 20074400013040 del 22 de mayo de 2007.
- 141 SSPD, Resolución No 20074000040475 de diciembre de 2007 por la cual se le impuso una multa de \$400 millones a la Empresa Aseo de Bucaramanga S.A. ESP.
- 142 SSPD, Resolución No 2007400030345 del 22 del octubre de 2007.
- 143 SSPD, Resolución No 200644000000045 del 17 del diciembre de 2007.
- 144 CRA, Resolución CRA 409 de 2006, por la cual se inicia la actuación administrativa tendiente a la solución de los conflictos generados por la prestación del servicio público de aseo entre la Empresa Limpieza Urbana S.A. ESP y la Empresa Municipal de Aseo de Floridablanca ESP.
- 145 CRA. Resolución CRA 412 de 2006, por la cual se inicia la actuación administrativa tendiente a la solución de los conflictos generados por la prestación del servicio público de aseo entre la Empresa Limpieza Urbana S.A. ESP y la Empresa Piedecuestana de Servicios Públicos ESP.
- 146 CRA, Resolución CRA 411 de 2006, por la cual se inicia la actuación administrativa tendiente a la solución de los conflictos generados por la prestación del servicio público de aseo entre la Empresa Limpieza Urbana S.A. ESP. y la Empresa de Servicios Públicos Metroaseo S.A. ESP.
- 147 CRA, la Resolución de la SSPD No 20074000040475 de diciembre de 2007 por la cual se le impuso una multa de \$400.000.000 a la Empresa Aseo de Bucaramanga S.A. ESP.
- 148 SSPD, Resolución No 2006440027425 del 1 de septiembre de 2006.
- 149 SSPD, Resolución No 20054400007675 del 4 marzo de 2005.
- 150 Medición de las economías de escala, de alcance y aglomeración.
- 151 SSPD, Comunicado de prensa, julio 07 de 2008, Se fortalece la sana competencia en el servicio de aseo en Colombia
- 152 *Ibíd.*, p.1.
- 153 De acuerdo con el artículo, 9.2 del RSPD señala la libre elección del prestador del servicio y del proveedor de los bienes necesarios para su obtención o utilización.