



MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

RESOLUCIÓN NÚMERO (2 5 0 3 6) DE 2014

21 ABR 2014

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

"Por la cual se imponen unas sanciones"

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO AD HOC,
En ejercicio de sus facultades legales, y en especial de las previstas
en la Ley 1340 de 2009, el Decreto 4886 de 2011¹,
en concordancia con el Decreto 2153 de 1992², y,

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que mediante Resolución No. 14902 del 4 de abril de 2013³, la Delegatura para la Protección de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante la "Delegatura") abrió investigación y formuló pliego de cargos para determinar si la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS (en adelante "UAESP"), la EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ E.S.P.⁴ (en adelante "EAB") y AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. (en adelante "AGUAS DE BOGOTÁ"), actuaron en contravención a lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el numeral 10 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

Así mismo, se abrió investigación y se formuló pliego de cargos en contra de NELLY MOGOLLÓN MONTAÑEZ, HENRY ROMERO TRUJILLO, ALBERTO JOSÉ MERLANO ALCOCER, DIEGO FERNANDO BRAVO BORDA, RICARDO AGUDELO SEDANO, MARIO ÁLVAREZ ULLOA, GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO, GERARDO IGNACIO ARDILA CALDERÓN, MARÍA MERCEDES MALDONADO COPELLO y JOSÉ ORLANDO RODRÍGUEZ GUERRERO, por la presunta configuración de la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

SEGUNDO: Que la actuación se inició a partir de diferentes denuncias que recibió la Delegatura, en las que las empresas CONSORCIO ASEO CAPITAL S.A. E.S.P. (en adelante "ASEO CAPITAL"), ASEO TÉCNICO DE LA SABANA S.A. E.S.P. (en adelante "ATESA"), LIMPIEZA METROPOLITANA S.A. E.S.P. (en adelante "LIME") y CIUDAD LIMPIA BOGOTÁ S.A. E.S.P. (en adelante "CIUDAD LIMPIA"), informaban sobre la

¹ Mediante el cual se modificó el Decreto 3523 de 2009, a su vez modificado por el del Decreto 1687 de 2010.

² Modificado por el Decreto 019 de 2012.

³ Folios 3703 a 3765 del Cuaderno Público No. 18 del Expediente. En adelante, cuando en la presente resolución se haga referencia al "Expediente", entiéndase que corresponde al Expediente No. 12-165930.

⁴ Por medio del Acuerdo Distrital No. 15 del 19 de septiembre de 2013, la denominación de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá (EAAB) se modificó a Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Bogotá E.S.P. (EAB).

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

presunta comisión de prácticas comerciales restrictivas de la libre competencia en el mercado de la prestación del servicio de aseo en Bogotá.

A partir de lo anterior, la Delegatura ordenó el inicio de una averiguación preliminar con el fin de determinar la ocurrencia de presuntas conductas anticompetitivas. Posteriormente, la Delegatura ordenó la apertura de una investigación con fundamento en la posible ocurrencia de una serie de prácticas por parte de la UAESP, la EAB y AGUAS DE BOGOTÁ, encaminadas a limitar la competencia en el mercado del servicio público de aseo en Bogotá.

TERCERO: Que una vez notificada la Resolución de Apertura de Investigación, y dentro del término legal señalado en el artículo 157 del Decreto 19 de 2012, mediante escrito radicado con el No. 12-165930-78 del 26 de abril de 2013⁵, LIME manifestó ante esta Entidad el interés directo e individual para intervenir dentro de la investigación y solicitó ser vinculado como tercero interesado.

Posteriormente, mediante la Resolución No. 40571 del 5 de julio de 2013⁶, la Delegatura dio traslado a los investigados del interés manifestado por LIME, quienes se opusieron al mismo argumentando que no se acreditaba el interés directo e individual para intervenir dentro de la investigación. Después de valorar los escritos de LIME y de los investigados respecto de la solicitud de tercería de aquella, mediante Resolución No. 43307 del 26 de julio de 2013⁷, la Delegatura reconoció a LIME como tercero interesado dentro de la investigación.

Por último, teniendo en cuenta que RICARDO FELIPE HERRERA CARRILLO había interpuesto una denuncia relacionada con el esquema de prestación del servicio de aseo en Bogotá, se le citó con el fin de que interviniera como tercero interesado. Mediante escrito radicado con el No. 12-165930-180 del 8 de agosto de 2013⁸, RICARDO FELIPE HERRERA CARRILLO expresó su intención de hacerse parte en la investigación de referencia en calidad de tercero interesado, para lo cual expuso sus consideraciones y allegó y solicitó las pruebas que, según su criterio, debían incorporarse en la actuación. De esta forma, RICARDO FELIPE HERRERA CARRILLO fue vinculado a la actuación como tercero interesado.

CUARTO: Que una vez notificada la Resolución de Apertura de Investigación a los investigados, y corrido el término para solicitar y aportar pruebas conforme a lo dispuesto en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, mediante la Resolución No. 55428 del 18 de septiembre de 2013⁹, adicionada por las Resoluciones Nos. 63618 del 30 de octubre de 2013¹⁰, 70003 del 27 de noviembre de 2013¹¹ y 77273 del 12 de

⁵ Folios 3794 a 3807 del Cuaderno Público No. 18 del Expediente.

⁶ Folios 5386 a 5389 del Cuaderno Público No. 26 del Expediente.

⁷ Folios 5413 a 5424 del Cuaderno Público No. 26 del Expediente.

⁸ Folios 5592 a 5610 del Cuaderno Público No. 26 del Expediente.

⁹ Folios 5707 a 5733 del Cuaderno Público No. 27 del Expediente.

¹⁰ Folios 6416 a 6426 del Cuaderno Público No. 31 del Expediente.

¹¹ Folios 6905 a 6912 del Cuaderno Público No. 33 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

diciembre de 2013¹², la Delegatura decretó la práctica de algunas pruebas solicitadas por los investigados y el tercero interesado, y rechazó otras. Así mismo, la Delegatura decretó de oficio las pruebas que consideró conducentes, pertinentes y útiles.

QUINTO: Que mediante Resolución No. 6083 del 27 de diciembre de 2013, el Ministro de Comercio, Industria y Turismo resolvió aceptar el impedimento manifestado por el Superintendente de Industria y Comercio, PABLO FELIPE ROBLEDO DEL CASTILLO, para conocer de todos los asuntos que en su condición de Superintendente debiera atender en relación con la investigación No. 12-165930 de la referencia.

SEXTO: Que mediante Decreto 056 del 16 de enero de 2014, se designó al Superintendente de Sociedades, LUIS GUILLERMO VÉLEZ CABRERA, como Superintendente de Industria y Comercio Ad-Hoc, para conocer y decidir sobre cualquier asunto relacionado con la investigación No. 12-165930 que adelanta la Superintendencia de Industria y Comercio.

SÉPTIMO: Que el 13 de enero de 2014, una vez culminó la etapa probatoria y se realizó la audiencia de descargos prevista en el artículo 155 del Decreto 19 de 2012¹³, la Delegatura presentó ante el Superintendente de Industria y Comercio Ad-Hoc el informe motivado con el resultado de la etapa de instrucción (en adelante "Informe Motivado")¹⁴, en el cual recomendó sancionar a la UAESP, la EAB y AGUAS DE BOGOTÁ, por considerar que sus conductas constituyeron una violación del artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

Así mismo, la Delegatura recomendó sancionar a las personas naturales investigadas, de conformidad con lo establecido en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

Por otra parte, la Delegatura recomendó no sancionar a la UAESP, la EAB y AGUAS DE BOGOTÁ, por la comisión de las conductas previstas en el numeral 10 de artículo 47 del Decreto 2153 de 1992. Como consecuencia de lo anterior, recomendó archivar la investigación que adelantaba la Delegatura respecto de este cargo específico, incluyendo el archivo de la investigación que en virtud de este cargo se adelantaba respecto de las personas naturales, de conformidad con lo previsto en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

A continuación se resumen los principales aspectos del Informe Motivado:

La Delegatura inicia su análisis describiendo el mercado de la prestación del servicio público de aseo en Colombia, para lo cual expuso sus principales antecedentes normativos y su estructura, señalando que el mismo comprende los componentes de recolección de residuos sólidos, transporte, transferencia, tratamiento, aprovechamiento y disposición final, junto con otras actividades entre las que se encuentran el barrido y la limpieza de vías y áreas públicas; el corte de césped y poda de árboles ubicados en

¹² Folios 7249 a 7255 del Cuaderno Público No. 35 del Expediente.

¹³ CD contenido a folio 8277 del Cuaderno Público No. 40 del Expediente.

¹⁴ Documento obrante a folios 8311 a 8505 del Cuaderno Público No. 41 del Expediente.

W

RESOLUCIÓN NÚMERO 2 5 0 3 6 DE 2014 Hoja No. 4

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

estas áreas; el lavado de las mismas y la recolección, transporte, tratamiento y disposición final de los residuos sólidos originados por estas actividades.

A continuación describe los esquemas previstos en la ley para la prestación del servicio público de aseo en Colombia, señalando que la regla general para su prestación es la libre competencia "en el mercado". Según la Delegatura, sólo de manera excepcional, a solicitud del municipio y previa autorización de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico (en adelante "CRA"), la ley permite la conformación de Áreas de Servicio Exclusivo (en adelante "ASE"). De igual forma, la Delegatura señala que existe un tercer esquema de prestación del servicio público de aseo que consiste en la prestación directa y exclusiva por parte del municipio. Este último esquema sólo se presentará, según la ley, cuando no haya en el municipio, en el Departamento, o en la Nación, empresas dispuestas a prestar el servicio, o cuando la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (en adelante la "SSPD") demuestre, en general, que a pesar de haber empresas dispuestas a prestar el servicio, es más eficiente que la prestación del servicio sea realizada de forma directa por parte del municipio.

Posteriormente, la Delegatura presenta el marco histórico de la prestación del servicio público de aseo, particularmente para el caso de la ciudad de Bogotá, indicando las diferentes modalidades de prestación del servicio que se han dado en la ciudad hasta la fecha de la investigación.

Concluye la Delegatura que las conductas anticompetitivas desplegadas por los investigados afectaron la prestación del servicio público de aseo en Bogotá, particularmente en: (i) el mercado que comprende los componentes de recolección y transporte de residuos sólidos, barrido y limpieza de áreas y vías públicas, corte de céspedes y poda de árboles, y transporte de los residuos al sitio de disposición final, el que en adelante se denominará genéricamente como "mercado de la prestación del servicio público de aseo en Bogotá"; y (ii) el mercado de disposición final de residuos en Bogotá.

En cuanto a las conductas investigadas, la Delegatura divide el análisis de las imputaciones en la infracción a lo dispuesto en el numeral 10 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, y en la violación de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

Frente a la presunta infracción prevista en el numeral 10 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, la Delegatura concluye que teniendo en cuenta que los entes investigados están sometidos a una voluntad común y no independiente, éstos no pueden ser partícipes del acuerdo anticompetitivo endilgado en la Resolución de Apertura de Investigación. Por consiguiente, recomienda al Superintendente de Industria y Comercio Ad-Hoc que ordene el archivo de la investigación en lo correspondiente a este cargo.

Respecto del artículo 1 de la Ley 155 de 1959, la Delegatura consideró que los investigados infringieron dicha norma, y concluyó:

"(...)

- *Las investigadas diseñaron e implementaron un esquema de prestación del servicio de aseo con el propósito de ser cubierto al 100% por una empresa distrital (EAB) a*

HW

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

partir del 18 de diciembre de 2012, con un requisito de idoneidad ante la UAESP. Solo en razón a que ello no fue posible y con el fin de dar continuidad a la prestación del servicio, se declaró una urgencia manifiesta el 17 de diciembre de 2012 (un día antes del inicio del nuevo esquema), en virtud de la cual la UAESP celebró contratos de operación los días 19 y 21 de diciembre de 2012 con LIME, ASEO CAPITAL y ATESA, respectivamente, agentes que ya venían prestando el servicio de aseo en Bogotá. En atención a lo anterior, la Delegatura concluye que ninguna de dichas empresas participa en calidad de prestador directo en el mercado de aseo, a pesar de que este se encuentra en competencia. Ahora bien, la razón por la cual CIUDAD LIMPIA¹⁵ pudo prestar el servicio de aseo el 18 de diciembre de 2012, así como ingresar al Relleno Sanitario, obedeció únicamente a que se encontraba facultada por la Unidad para ello en razón a la celebración de un contrato.

- *Como se pudo verificar, con el nuevo esquema de aseo se generó una situación indeseada en el mercado: la monopolización del servicio público de aseo en Bogotá, estructura de mercado no prevista en la ley 142 de 1994 y proscrita en el artículo 336 de la Constitución Política.*
- *Las empresas que venían prestando el servicio de aseo en Bogotá preveían continuar con dicha prestación, para lo cual resultaba necesario contar con el acceso al Relleno Sanitario para el desarrollo del componente de disposición final de los residuos recolectados. A pesar de ello, el DISTRITO contravino la normativa aplicable, pues solo por razones de índole técnico se encuentra justificada la restricción al acceso al servicio de disposición final. Adicional a ello, se impusieron condicionamientos que consistieron en la exigencia de celebrar un contrato de acceso al servicio de aseo en la actividad complementaria de disposición final con la UAESP. Otro condicionamiento consistió en la necesidad de contar con la autorización de esta Unidad para el ingreso al Relleno a partir del 18 de diciembre de 2012. Por razón de estos condicionamientos se entorpecieron las negociaciones entre los prestadores interesados y el concesionario del Relleno.*
- *La injustificada negativa a suscribir los convenios de facturación conjunta se configuró como una barrera de entrada al mercado para los agentes económicos y terceros interesados en iniciar la prestación del servicio de aseo en Bogotá. Lo anterior se fundamentó en diversas razones que no se enmarcan dentro de la única excepción contemplada en la normatividad para la no celebración del convenio, que es la existencia de razones técnicas insalvables comprobables que justifiquen la imposibilidad de hacerlo, situación que debe acreditarse ante la SSPD. (...)"*

Teniendo en cuenta lo anterior, la Delegatura recomendó sancionar a la UAESP, la EAB y AGUAS DE BOGOTÁ, por la infracción del artículo 1 de la Ley 155 de 1959, de conformidad con lo previsto en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009.

Así mismo, la Delegatura recomendó sancionar a las siguientes personas naturales, de conformidad con lo establecido en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009: (i) NELLY MOGOLLÓN MONTAÑÉZ; (ii) HENRY ROMERO TRUJILLO; (iii) ALBERTO JOSÉ MERLANO ALCOCER; (iv) DIEGO FERNANDO BRAVO BORDA; (v) RICARDO AGUDELO

¹⁵ Contrato de Operación No. 257 de 2012, celebrado entre la UAESP y CIUDAD LIMPIA.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

SEDANO; (vi) MARIO ÁLVAREZ ULLOA; (vii) GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO; (viii) GERARDO IGNACIO ARDILA CALDERÓN; (ix) MARÍA MERCEDES MALDONADO COPELLO; y (x) JOSÉ ORLANDO RODRÍGUEZ GUERRERO.

OCTAVO: Que en cumplimiento del procedimiento previsto en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, se dio traslado del Informe Motivado a los investigados, quienes manifestaron, dentro del término establecido para que expresaran sus observaciones, lo siguiente:

8.1. OBSERVACIONES DE LA EAB, AGUAS DE BOGOTÁ, GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO, RICARDO AGUDELO SEDANO, ALBERTO JOSÉ MERLANO ALCOCER, DIEGO FERNANDO BRAVO BORDA, JOSÉ ORLANDO RODRÍGUEZ GUERRERO, GERARDO IGNACIO ARDILA CALDERÓN, MARÍA MERCEDES MALDONADO COPELLO y MARIO ÁLVAREZ ULLOA

8.1.1. Irregularidades del Informe Motivado

En primer lugar, los investigados manifiestan que el Informe Motivado es contradictorio respecto de la supuesta monopolización del servicio público de aseo, en tanto que al tiempo que habla de un monopolio en la prestación del servicio, también sostiene que el Distrito tuvo que contratar a los operadores privados.

Por otro lado, señalan que la Delegatura no tuvo en cuenta la experticia aportada al proceso, en la que el Ph.D. LUIS EDUARDO AMADOR CABRA concluye que la manera más eficiente de cumplir con las órdenes de la Corte Constitucional era que el Distrito asumiera el control del modelo de recolección de basura en la ciudad de Bogotá.

Afirman que en el Informe Motivado se vulnera el principio de congruencia entre los cargos formulados en el auto de apertura de investigación y la recomendación de sanción, pues es señalada una conducta hasta ahora inédita en la investigación, como lo es *"la creación de un monopolio de manera artificial"*.

En su concepto, el Informe Motivado parte de un error de apreciación, en razón a lo siguiente:

"Tampoco se percató el Superintendente Delegado que el origen de las decisiones que tuvo que adoptar el Distrito para garantizar la prestación eficiente del servicio de aseo a todos los habitantes de Bogotá, se encuentra en las decisiones de la Corte Constitucional, primero de suspender el proceso licitatorio No. 1 de 2011 (Auto 183 de 2011), y luego, de dejarlo sin valor y efecto, con el propósito que entidades distritales implementaran acciones afirmativas eficaces que permitieran en el corto plazo incorporar a la población recicladora, en el modelo de recolección de Bogotá (Auto 275 de 2010), razón por la cual el informe motivado parte de un error de apreciación, como lo es, considerar que en el modelo de recolección de Bogotá todo estaba bien hasta la suscripción del convenio interadministrativo No. 017, esto es, el día 11 de octubre de 2012."

Manifiestan que si la Corte Constitucional no hubiera suspendido la licitación de ASEs a finales del año 2011, el Distrito no hubiera tenido que declarar urgencias manifiestas

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

sucesivas para contratar a los mismos operadores privados que venían prestando el servicio de aseo desde la concesión anterior.

Señalan que contrario a lo señalado por el Superintendente Delegado en su informe, la prestación anormal del servicio público de aseo en Bogotá comenzó el 12 de septiembre de 2011 con la Resolución UAESP No. 522 de ese mismo año, por cuya virtud se declaró la primera urgencia manifiesta y se celebraron directamente los primeros contratos de concesión con los operadores privados por un plazo de seis meses que vencían el 16 de marzo de 2012.

En ese sentido, agregaron lo siguiente respecto de la declaración de las urgencias manifiestas:

"Pronto el Distrito avizó que, no podía estar declarando urgencias manifiestas cada vez que los contratos de concesión estuvieran ad portas de terminar por el vencimiento del plazo, y que la arquitectura de un proceso de licitación para la adjudicación de ASEs que tuviera en cuenta el componente de aprovechamiento, era demasiado compleja para realizarse en plazos tan cortos, empezando porque no se cuenta con la metodología tarifaria adecuada para hacerlo, aspecto que le corresponde a la CRA regularlo, y se encuentra en mora de hacerlo; es por ello que se acudió a la figura del convenio interadministrativo, consagrada en la Ley 1150 de 2007."

Sostienen que la ventaja del convenio interadministrativo frente a la celebración de los contratos de concesión de manera directa, es que para el primero no existe la restricción de los seis meses, lo que le otorga al Distrito un marco de tiempo propicio para poder estructurar en debida forma el proceso licitatorio de ASEs de segunda generación, es decir, modulando la necesidad de regular el componente de aprovechamiento para permitir la inclusión de los recicladores en el esquema de aseo como empresarios de las basuras.

8.1.2. Control del sistema por parte de un operador público

Consideran oportuno citar para su defensa, algunos párrafos de la experticia profesional especializada aportada al proceso, de los que se pueden inferir los siguientes aspectos respecto de la prestación del servicio de aseo por parte de un operador público:

- El modelo de libre competencia en la prestación del servicio de aseo es ineficiente para una ciudad como Bogotá.
- La fase final del modelo de libre competencia es un monopolio y tendría como consecuencia que no se preste el servicio de aseo en zonas apartadas.
- La manera más eficiente de cumplir con las ordenes de la Corte era entregándole temporalmente el control del servicio de aseo en Bogotá a un operador público.

W

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

8.1.3. La decisión de elegir el modelo de recolección para Bogotá le corresponde al Distrito y no a la SIC, la CRA o la SSPD

Los investigados mencionan que resultaba facultativo para el Distrito escoger el modelo de recolección que más se ajustaba a las necesidades de la ciudad, y que esa facultad no le correspondía a ninguna otra autoridad.

8.1.4. Los conceptos emitidos por la Corte Constitucional.

Observan los investigados que la Sentencia T-021 de 2005 manifiesta que la determinación de la conveniencia del establecimiento de ASEs recae únicamente en cabeza del ente territorial. En este sentido, señalan que en la Sentencia T-733 de 2009 se reiteró el principio de eficacia de la administración pública para brindar a los entes territoriales herramientas eficaces de solución a los problemas de los ciudadanos, de lo que se infiere que en situaciones excepcionales -como por las que estaba atravesando Bogotá-, el Distrito se encontraba habilitado para tomar medidas excepcionales como la de darle el control del esquema de aseo de manera temporal a un operador público.

8.1.5. Señalan que del testimonio rendido por el doctor CARLOS ALBERTO ATEHORTÚA RÍOS, se pueden advertir las inconveniencias del modelo de libre competencia

Destacan del testimonio de CARLOS ALBERTO ATEHORTÚA RÍOS que:

- Existe un vacío regulatorio en materia de prestación del servicio de aseo que obliga al Distrito a persistir en un régimen de transición como el que formuló.
- Cualquier proceso licitatorio que no tenga en cuenta acciones afirmativas en favor de los recicladores está destinado al fracaso.
- En las grandes ciudades es indispensable que exista una entidad que tenga el control del sistema de recolección de basuras.

8.1.6. La intervención que ordenó la Corte Constitucional versaba sobre todo el sistema de recolección de basuras y no exclusivamente sobre el componente de aprovechamiento

Los investigados señalan los siguientes argumentos en relación con la implementación de un nuevo modelo de recolección de basuras desarrollado, entre otras cosas, mediante el Convenio Interadministrativo 017 de 2012 y el Decreto 564 de 2012:

- No se le puede exigir al Distrito la aplicación irrestricta de la Ley 142 de 1994, máxime ante el vacío regulatorio frente al reciclaje.
- La política de "basura cero" fue aprobada por el Concejo Distrital dentro del Plan de Desarrollo de Bogotá.
- No existe un nuevo modelo de recolección de basuras sino un régimen de transición dirigido a adjudicar ASEs, incluyendo a los recicladores.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

- La libre competencia es ineficiente para Bogotá; el modelo mejor valorado es el de las ASEs.
- El hecho de que el Convenio 017 de 2012 establezca que se tendrá cobertura del 100% no significa que la EAB preste el servicio de manera exclusiva.
- Los contratos entre la UAESP y LIME y ASEO CAPITAL se negociaron por más de un mes, pero no fue posible suscribirlos el 17 de diciembre de 2012 o antes, en razón a que los mencionados operadores privados se levantaron de la mesa de negociación como mecanismo de presión.

8.1.7. Excepciones a la libre competencia

Los investigados manifiestan que el modelo de recolección de basuras que opera actualmente en Bogotá estaría exceptuado de la aplicación de las normas sancionatorias del derecho de competencia, con base en lo siguiente:

Es aplicable la excepción del artículo 1 de la Ley 155 de 1959:

- Como es el Distrito en este caso el que decide defender servicios de interés para la economía general, no requiere de ninguna autorización, máxime si se realiza para acatar la orden de la Corte Constitucional frente a la inclusión de los recicladores en el modelo.
- La actividad de saneamiento básico es un típico ejemplo de servicio de interés para la economía general.

Es aplicable la excepción establecida en el numeral 3 del artículo 49 del Decreto 2153 de 1992 referida a acuerdos para la utilización de facilidades comunes:

- Las facilidades comunes son instrumentos que contribuyen a la solución de problemas que tengan impacto en el interés general no necesariamente en los competidores del mercado.
- El esquema de transición de recolección de basuras en la ciudad de Bogotá representó una reducción significativa de la tarifa de aseo.
- Una facilidad es una solución, salida, solución a un problema que se presenta.
- Las facilidades comunes se predicen de las características del mercado analizado y están referidas a aquellas particularidades de la producción de bienes o de la prestación de los servicios que se predicen para cualquier agente que participe o sea un potencial competidor.

8.1.8. Aplicación de la regla de la razón

Afirman los investigados que en la aplicación de la regla de la razón se deben tener en cuenta criterios adicionales a la mera conducta, como lo son su naturaleza, propósito y efecto dentro del mercado relevante. Bajo este contexto, manifestaron que es

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

equivocado interpretar que la UAESP le entregó el mercado de aseo a la EAB por virtud del Convenio 017 de 2012.

8.1.9. El tiempo requerido para conseguir la flota que pueda prestar el servicio de la totalidad de la ciudad es de mínimo 6 meses.

Los investigados manifiestan que en el presente caso el convenio interadministrativo se celebró en octubre de 2012, y que su ejecución comenzó en diciembre de ese mismo año, es decir, a menos de tres meses de haberse celebrado, lapso de tiempo que resultaba imposible para que la EAB pudiera prestar de manera efectiva el servicio de aseo en el 100% de la ciudad.

8.1.10. La creación de un monopolio artificial

Los investigados consideran que resulta absurdo aplicar la figura del monopolio dentro de la investigación por las siguientes razones:

- No está presente la condición fundamental para que se evidencie la creación de un monopolio artificial en tanto no existe un agente dominador del mercado.
- No hay monopolio porque Bogotá cuenta con tres operadores privados, uno público y 14000 recicladores.

8.1.11. El acceso al relleno sanitario

Respecto del acceso al Relleno Sanitario Doña Juana, los investigados manifestaron que permitir el acceso de los operadores privados a dicho lugar pondría en grave peligro la salud de los habitantes de Bogotá y podría generar una emergencia social y ambiental difícil de superar.

8.1.12. Los convenios de facturación conjunta

Para defender la imputación realizada por la Delegatura, los investigados señalan que los operadores privados no estaban legitimados para solicitar la suscripción de convenios de facturación conjunta, habida cuenta que este instrumento de eficiencia para el cobro del servicio de aseo fue concebido para que se celebrara entre prestadores de servicios y no entre operadores que no tienen vínculo con los usuarios del servicio de aseo.

8.1.13. Argumentos para desvirtuar las apreciaciones que presentó la Delegatura sobre las características del Decreto 564 de 2012

Los investigados sostienen lo siguiente sobre la tesis expuesta por la Delegatura en relación con la legalidad del Decreto 564 de 2012:

"Excúsenme, pero la que bien podría denominarse "tesis del acto administrativo bipolar" expuesta en el informe motivado, según la cual, una manifestación de voluntad de la administración podría ser a la vez legal e ilegal, es por completo absurda, y solo se le puede ocurrir a un operador jurídico sesgado. La distinción entre acto administrativo en sentido material y acto administrativo en sentido formal, es un criterio de clasificación del

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

La UAESP le aclara a la Superintendencia de Industria y Comercio que con base en el principio de supremacía constitucional, de precedente jurisprudencial y el deber de acatamiento de las ordenes emitidas por el máximo nivel de jerarquía dentro del sistema de fuentes de derecho (Auto 275 de 2011), la UAESP no ha vulnerado ni restringido de manera alguna la actividad económica de los operadores privados.

La UAESP concluye que lo anterior evidencia, contrario a lo señalado por la Delegatura, que la responsabilidad de asegurar la prestación del servicio público domiciliario de aseo se encuentra en cabeza del municipio. Entonces, el servicio público de aseo cuenta con una connotación adicional pues está inserta dentro del componente de "saneamiento básico" y cuenta con una aplicación preferente sobre las normas del régimen general de competencia, pues la prestación del servicio público de aseo es una facultad constitucional encaminada a la protección general de sus habitantes incluso por encima de los fines económicos de los particulares.

Adicionalmente, la UAESP explica las razones por las que modifica la concepción existente sobre la prestación del servicio público de aseo. En primera medida, explica que fue en desarrollo de sus facultades y obligaciones legales que ordenó, mediante Resolución No. 364 de 2011, la apertura de la Licitación Pública No. 001 de 2011, que tenía por objeto concesionar bajo la figura de áreas de servicio exclusivo, la prestación del servicio público domiciliario de aseo en la ciudad de Bogotá.

Adicionalmente, el Auto No. 275 de 2011 expedido por la Corte Constitucional creó la necesidad de implementar un nuevo modelo de aseo avanzando de un sistema de Recolección, Barrido y Limpieza de Residuos (RBL) a la de aprovechamiento y Recolección (AR), creando un nuevo sistema para la separación en la fuente de residuos y material potencialmente reutilizable dentro de los postulados de aprovechamiento, reciclaje, transformación e inclusión de los recicladores en este esquema.

8.2.2. Basura Cero

La UAESP recuerda que el Programa Basura Cero fue aprobado por el Concejo de Bogotá mediante Acuerdo 489 de 2012, y que el esquema de metas presentado a la Corte Constitucional, en cumplimiento del Auto No. 275 del 19 de diciembre de 2011, será cumplido por la administración como parte de este programa.

En este entendido, la UAESP aclara que el Programa Basura Cero no tiene como objetivo ir en contra de sectores privados, pero sí privilegiar el interés general sobre el particular, lo que se traduce en el presente caso en la inclusión de la población recicladora a la prestación del servicio público de aseo, evitando que sigan manteniéndose como marginados en el componente de aprovechamiento, lo que en caso contrario y de seguir con las concesiones anteriores haría imposible ejecutar las ordenes impartidas por la Corte Constitucional.

8.2.3. Problema Jurídico

La UAESP señala que esta investigación solamente tiene en consideración una visión puramente económica de la prestación del servicio de aseo, en línea con el entendimiento de los prestadores, conforme a la cual los ciudadanos son vistos como

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

mercado, la basura es un producto y los recicladores no participan. Es evidente que las conclusiones que se toman con base en las anteriores consideraciones, resultarían diferentes si se tomarán como referente, entre otros, los siguiente elementos: (i) un ciudadano receptor de un derecho (no solo como segmento de un mercado); (ii) la basura como objeto a reutilizar (no solo como un desecho para enterrar); y (iii) recicladores como empresarios del sistema de aprovechamiento y no como personas extrañas al mismo.

En particular, destaca la UAESP que a los operadores privados no les llama la atención o no les interesa contribuir a implementar acciones afirmativas a favor de los actores principales del aprovechamiento, tal como evidencia los testimonios practicados por esta Entidad. La puesta en marcha del componente de aprovechamiento en la prestación del servicio de aseo requiere de la construcción y mantenimiento de una infraestructura técnica, operativa y humana que supone una inversión muy onerosa y, por ende, poco atractiva para el operador y/o prestador privado.

La UAESP explica que en este contexto, el espíritu del Decreto 564 de 2012 tiene como elementos fundamentales la prevalencia del interés general de mantener la continuidad, cobertura y calidad en la prestación del servicio de aseo a los habitantes de la capital; cumplir con el mandato judicial que emana del auto de la Corte Constitucional 275 de 2011; e incorporar a más de (14.000) recicladores de oficio al modelo de recolección de basuras, manteniendo el modelo de libre competencia, siempre que sea jurídicamente posible.

La UAESP afirma que la Delegatura no ha dimensionado la "plataforma" que la Administración Distrital ha implementado en la recolección de los desechos aprovechables en la ciudad de Bogotá. La UAESP advierte que solamente la Administración Distrital garantiza la inclusión de la población recicladora en la cadena de la prestación del servicio de aseo en su componente de aprovechamiento, el cual requiere de un acompañamiento social y económico que no brinda la empresa privada porque no les representa un negocio.

La UAESP alega que el cambio en el modelo de recolección de basuras y, por tanto, el cambio del paradigma de las funciones que debe cumplir la administración pública distrital no debe ser objeto de reproche alguno pues no resulta en extralimitación de las funciones que la ley contempla para los funcionarios públicos sino, por el contrario, el ejercicio legítimo de facultades que ésta les concede.

8.2.4. Análisis de los Cargos

Frente a las sanciones que recomienda el Informe Motivado, la UAESP manifiesta que la conducta desplegada por la UAESP no cumple con los presupuesto del artículo 1 de la Ley 155 de 1959, pues no obra prueba en el Expediente que demuestre que la UAESP haya incurrido en actividades o conductas que atenten contra la libre empresa. Por el contrario, sí obran en el Expediente 12-165930 pruebas de los contratos suscritos con los operadores y prestadores del servicio de aseo, los cuales demuestran que no existió y no ha existido interrupción de la actividad económica de estos agentes.

En particular, el Decreto 564 de 2012 evidencia que el Distrito contrató la prestación del servicio directamente con los operadores que venían ejecutando los contratos de

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

concesión; incluyendo, igualmente, a la población más vulnerable para facilitarle el aprovechamiento de residuos sólidos, tal y como lo ordenó la Corte Constitucional. La UAESP resalta que el Decreto 564 de 2012 garantizó la actividad económica de los demandantes hasta la convocatoria de una nueva licitación. Adicionalmente, la UAESP afirma que el régimen de transición fijado deja abierta la posibilidad para que las empresas de aseo ingresen al mercado, toda vez que no existen áreas de servicio exclusivo.

Posteriormente, la UAESP se refiere a la aplicación de cada uno de los criterios de graduación de la sanción por infracción al régimen de protección de la competencia, previstos en los artículos 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009.

8.2.5. La Falta de Reversión de los Vehículos Prestadores del Servicio de Aseo es la causante del caos provocado en diciembre de 2012

La UAESP afirma que la negativa de los concesionarios de revertir la flota de vehículos afectos a la prestación del servicio público de aseo desató el caos en la recolección de los residuos sólidos el 18 de diciembre de 2012.

La reversión de los vehículos estaba prevista en los contratos de concesión suscritos con los operadores LIME, ASEO CAPITAL, CIUDAD LIMPIA y ATESA (Nos. C4054-2003, C-4055-2003, C-4053-2003 y C-4069-2003), respectivamente. La UAESP afirma que como consecuencia de lo anterior, estos vehículos son propiedad del Distrito y debieron ser objeto de reversión al momento de la terminación de los mismos.

La UAESP concluye que la falta de entrega de los vehículos que operaban en el servicio de recolección fue la verdadera razón del caos en la recolección de basuras durante tres días del mes de diciembre. En efecto, según la UAESP, la reversión de los vehículos constituía un instrumento de primer orden para garantizar la prestación eficiente y eficaz del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá. Por ende, al no ser entregados por los privados, éstos sí incurrieron en prácticas restrictivas al acordar la no reversión de los vehículos al distrito, técnica que aplicaron los concesionarios para garantizar la permanencia en la prestación del servicio de aseo.

8.2.6. Competencia de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y no de la SIC

La UAESP señala que todos los actos de competencia desleal del servicio público domiciliario de aseo deben ser conocidos por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, conforme a la función que le fue atribuida de forma expresa por el numeral 32 del artículo 13 de la Ley 689 de 20001, modificado por el artículo 79 de la Ley 142 de 1994. Así, la UAESP concluye que todas las conductas que atentan contra la competencia que sean desplegadas por las empresas de servicios públicos son objeto de conocimiento por parte de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

8.2.7. Ingreso al Relleno Sanitario

La UAESP aclara que con la expedición del Decreto 654 de 2012 no se restringió el acceso al relleno sanitario, sino que solamente se incorporaron requisitos ya existentes

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

en el Decreto 1713 de 2002 que regulan el acceso al relleno sanitario. Así mismo, señala la UAESP que los requisitos fijados en la Resolución UAESP No. 724 de 2010 también están insertos dentro de los contratos de concesión. La UAESP concluye que la mal llamada "restricción de ingreso" obedece única y exclusivamente a los requerimientos técnicos para garantizar la estabilidad del Relleno Sanitario Doña Juana.

8.2.8. Facturación Conjunta

Los argumentos de la UAESP en relación con la facturación conjunta están encaminados a demostrar que no hay restricción por parte del Distrito, toda vez que el convenio de facturación conjunta, distribución y/o recaudación de pagos se puede suscribir con cualquier empresa de servicio público que sea susceptible de corte (e.g CODENSA y Gas Natural) y, por ende, no está obligado el prestador para suscribir dicho convenio únicamente con la EAAB.

8.2.9. Legalidad del Decreto 564 de 2012

La UAESP advierte que en tres oportunidades¹⁶ los jueces administrativos han determinado que el Decreto 564 de 2011, a través del cual se implementa el "Modelo Transitorio del Servicio de Aseo", no vulnera el principio de libertad de empresa, ni evidencia vulneración alguna a mandato constitucional o a la ley.

Adicionalmente, la UAESP destaca que el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Bogotá acumuló, mediante fallo del 14 de febrero de 2014, los expedientes radicados en ejercicio del medio de control de nulidad Nos. 11001-3334-003-2012-00131y 11001-3334-004-2013-00054-00 ante los juzgados administrativos del Circuito de Bogotá, y emitió decisión favorable de legalidad en relación el Decreto 564 de 2012.

8.2.10. Argumentos Finales

La UAESP señala que la prestación de los servicios públicos en Bogotá fue delegada a través de los contratos de concesión por un tiempo determinado (es decir, un plazo fijo). De lo anterior se colige que los contratos no son indefinidos y que el Estado no está obligado a prorrogarlos o contratar con los mismos contratistas indefinidamente.

En el caso concreto, la UAESP señala que con los operadores privados se celebraron varios contratos de concesión y se realizaron varias prorrogas a los mismos. En este sentido, a la UAESP no le era viable seguir prorrogando los contratos con los operadores privados por los cual la administración estaba obligada a reasumir sus funciones garantizando la efectividad de los proyectos y cumplir con lo ordenado en el Auto No. 275 de 2011.

¹⁶ Los casos en los que se han pronunciado jueces administrativos sobre la legalidad del Decreto 564 de 2011 son: (i) Juzgado Séptimo Contencioso Administrativo del Circuito de Bogotá D.C., Expediente No. 11001333100720120038601; (ii) Juzgado Veintidós Administrativo de Oralidad Circuito Judicial de Bogotá, Expediente No. 11001333502220130018100; y (iii) Juzgado Noveno Administrativo de Oralidad Sección Segunda, Expediente No. 110013335009201300016400 (Rechazó por cosa juzgada).

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

Adicionalmente, la UAESP reitera que el Decreto 564 de 2012 no vulneró ningún derecho, como tampoco adiciono nuevas condiciones o requisitos para el ingreso al Relleno Sanitario Doña Juana, sino que por el contrario integra e interpreta normas preexistentes.

Por último, la UAESP afirma que la facturación conjunta del servicio de aseo se puede realizar con otras empresas de servicios públicos que sean susceptibles de corte para asegurar su recaudo, y que en ningún momento la Ley 142 de 1994 exige que la facturación conjunta se realice exclusivamente con la EAAB.

8.3. OBSERVACIONES HENRY ROMERO TRUJILLO

Mediante comunicación radicada con el No. 12-165930-458 del 28 de febrero de 2014, y dentro del término legal, HENRY ROMERO TRUJILLO presentó observaciones al Informe Motivado, y solicitó que se revoque la recomendación de sanción realizada por el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia, y recomendar al Superintendente de Industria y Comercio cerrar y archivar definitivamente la investigación.

Los argumentos presentados por el investigado para sustentar su solicitud se resumen a continuación:

8.3.1. La legalidad de todo el esquema

El investigado manifiesta que el Contrato Interadministrativo No. 017 de 2012 celebrado entre la UAESP y la EAB es completamente legal, está fundamentado en el artículo 209 de la Constitución Política de Colombia, el artículo 95 de la Ley 489 de 1998, y el artículo 2 de la Ley 1150 de 2007. Adiciona que tanto el Contrato Interadministrativo como el Decreto 564 de 2012, han sido declarados legales ante cinco juzgados de lo contencioso administrativo. Así entonces, considera que la Delegatura no puede afirmar que todos los actos administrativos expedidos para la implementación del nuevo esquema de aseo en Bogotá son fundamento de un esquema ilegal que restringió la libre competencia.

8.3.2. La UAESP nunca restringió la libre competencia

HENRY ROMERO TRUJILLO manifiesta que debido a que el Contrato Interadministrativo se pactó sin exclusividad a favor de la EAB, nunca se restringió la libre competencia. Concretamente señala:

"(...) lo que implica que toda ESP de aseo que cumpliera los requisitos de ley y quisiera ingresar a prestar el servicio en cualquier área y a cualquier usuario de la ciudad podía hacerlo, sin necesidad de contrato o permiso alguno y sin siquiera tener que informar a la UAESP o las entidades distritales de tal decisión. Por tal razón, la SDPC [Superintendencia Delegada para la Protección de la Competencia] desconoce la normatividad legal que rige el servicio de ASE, en especial la Ley 142 de 1994, y por lo tanto, sus conclusiones y la recomendación de sancionar a las entidades y funcionarios investigados carece de fundamento legal y constituye una Vía de Hecho por defecto sustantivo por abierto desconocimiento de la normatividad legal sobre servicios públicos. Para la UAESP siempre fue claro que desde septiembre de 17 de 2011, cuando

RESOLUCIÓN NÚMERO - 2 5 0 3 6 DE 2014 Hoja No. 18

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

entidades investigadas y los diez funcionarios quienes llevaron a cabo los hechos que los agrupa como "el distrito".

- La ambigüedad de los períodos de investigación y la individualización de los hechos y conductas permite imputar culpabilidades que desconocen las competencias legalmente asignadas a cada uno de las entidades y a cada uno de los funcionarios.

Una vez realizadas las consideraciones anteriormente descritas, HENRY ROMERO TRUJILLO hace un resumen del trámite administrativo adelantado, identificando las conductas, las personas investigadas y hace una síntesis de los antecedentes de él como investigado.

Afirma que debe ser considerada su responsabilidad mientras fue encargado como Director General de la UAESP, esto es, en el período comprendido entre del 3 de septiembre y 5 de diciembre de 2012. Así, considera que la Delegatura utiliza en forma abierta y ambigua el término "*período de los hechos*" e imputa a todos los investigados responsabilidades ambiguas, indeterminadas y generalistas, lo cual está prohibido constitucional y legalmente, por cuanto los funcionarios públicos sólo serán responsables por los hechos y omisiones en el ejercicio de sus cargos. De esta manera, el investigado considera que a él únicamente se le puede responsabilizar por lo sucedido durante la época en la que él estaba encargado como director de la UAESP.

Por lo tanto, la Delegatura viola los principios de legalidad y tipicidad de las faltas, y el principio de seguridad jurídica que rige los funcionarios públicos, pues el investigado manifestó que le son imputados hechos que no fueron responsabilidad suya, en fechas en las que él no estaba encargado de representar a la UAESP.

Por otra parte, en relación con el Contrato Interadministrativo 017 de 2012, el investigado afirma que se suscribió en pleno cumplimiento de la normatividad constitucional y legal. Afirma que este contrato tuvo lugar por la configuración de dos hechos de fuerza mayor: (i) no había tiempo suficiente para realizar la licitación pública cumpliendo con los requisitos y plazos establecidos en la Ley 142 de 1994 y en la Ley 80 de 1993, y (ii) era ilegal la prórroga de los contratos de concesión vigente, al igual que celebrar nuevos contratos con los cuatro operadores o con cualquier otra empresa de servicios público de aseo. De esta manera, el investigado manifiesta que la única opción jurídicamente válida era que la UAESP en cooperación con otra entidad pública prestara conjuntamente el servicio.

Posteriormente, el investigado hace referencia al marco legal de la exclusividad del servicio de aseo, para posteriormente concluir que "**(...) TODOS LOS CONTRATOS SUSCRITOS A PARTIR DEL 17 DE SEPTIEMBRE DE 2011, SE PACTARON SIN EXCLUSIVIDAD EN FAVOR DE LOS 4 OPERADORES PRIVADOS EN LOS PERÍODOS SEP/11A MARZO/12 Y MARZO A DICIEMBRE DE 2012, NI A FAVOR DE LA EAAB ESP EN EL CONTRATO INTERADMINISTRATIVO 017 DE 2012**"¹⁰.

¹⁰ Observaciones al Informe Motivado de HENRY ROMERO TRUJILLO, p. 21.

W

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

El investigado hace énfasis en que de conformidad con la Ley 142 de 1994, la condición de "sin cláusula de exclusividad" implica que:

"1) La EAAB ESP se comprometía con la UAESP a garantizar que ningún usuario en ningún momento quedará por fuera de la cobertura del servicio de aseo, que es el deber funcional asignado a la UAESP en el art. 116 del Acuerdo 256/06.

2) La UAESP no le concedió a la EAAB ninguna exclusividad, y por tanto, no se comprometió a adelantar ninguna acción encaminada a que fuera el único operador.

3) Cualquier ESP de aseo que cumpliera con los requisitos establecidos en la Ley 142 de 1994, a partir de su decisión empresarial autónoma, podía ingresar a prestar el servicio en cualquier área y a cualquier usuario de la ciudad.

4) La ESP que decidiera entrar a prestar el servicio, no requerirá celebrar contrato alguno con la UAESP, ni obtener ningún permiso o licencia de la administración distrital. Es más, de conformidad con la Ley 142/94, la ESP que decidieran ingresar a prestar el servicio de aseo en Bogotá, no debían siquiera informar de su ingreso ni a la UAESP ni a ninguna autoridad distrital

5) Por tanto, el contrato interadministrativo 017/12 no restringió de ninguna manera la competencia"¹⁹.

De acuerdo con lo anterior, el investigado se pregunta cómo la SIC, teniendo en cuenta sus funciones, incurre en un error tan elemental como lo es afirmar que existe una barrera a la entrada.

En cuanto al acceso al Relleno Sanitario Doña Juana, el investigado manifiesta que está claramente demostrado que la exigencia de la Alcaldía Mayor de Bogotá contenida en el Decreto 564 de 2012 de condicionar el acceso y disposición de residuos a la celebración de un contrato, cumple con la normatividad que rige este servicio.

Ahora, específicamente en cuanto a su responsabilidad como persona natural manifiesta que, además de haber estado encargado como director de la UAESP únicamente del 3 de septiembre al 5 de diciembre de 2012, la imputación que hace la Delegatura es errada porque:

- El 29 de junio de 2011, el investigado no se encontraba vinculado contractual o laboralmente a la UAESP y tampoco ejercía el cargo de Director general de la Entidad, por lo cual no era responsable de la gestión contractual de la UAESP.
- El investigado nunca elaboró los estudios previos de contratación directa ni participó en el proceso contractual con operadores privados, como lo afirma la Delegatura.

En cuanto a la responsabilidad por haber celebrado el Contrato Interadministrativo 017 de 2012, el investigado siempre asumió la responsabilidad frente a todo lo relacionado con este contrato y así lo ratificó durante la diligencia de interrogatorio. Sin embargo,

¹⁹ Observaciones al Informe Motivado de HENRY ROMERO TRUJILLO, p. 26.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

reitera que el Contrato Interadministrativo tiene como fundamento legal la Constitución, la Ley 489 de 1998 y la Ley 1150 de 2007.

De acuerdo con lo anterior, el investigado manifiesta que es falsa la conclusión de la Delegatura frente a que la implementación del nuevo esquema de aseo se hubiera implementado mediante el Contrato Interadministrativo No. 017 de 2012, pues la UAESP siempre le dio estricto cumplimiento a la Ley 142 de 1994.

Por último, el investigado manifiesta que se incurre en vía de hecho por defecto sustantivo por violar los derechos fundamentales de defensa, debido proceso y acceso a la administración. HENRY ROMERO TRUJILLO considera que en la presente investigación deber prevalecer la justicia, la efectividad del derecho sustantivo, la búsqueda de la verdad material y el cumplimiento de los derechos y garantías que intervienen en el proceso. Así, el investigado afirma lo siguiente:

"A lo largo del proceso investigativo adelantado por la SDPC [Delegatura para la Protección de la Competencia] y conforme a lo demostrado en este documento y los demás aportados por el investigado, se deduce claramente que la SDPC desconoció deliberadamente el marco legal que regula el servicio público domiciliario de aseo y en varios casos, tuvo en cuenta solo las partes de la norma que demuestran la supuesta culpabilidad de los investigados, pero desconoce u omite las partes de esa misma norma que demuestran su inocencia, con lo cual la investigación careció de la objetividad e imparcialidad que debía brindar la SDPC como garantía de los investigados"²⁰.

Así mismo, el investigado afirma que se incurrió en vía de hecho por defecto fáctico al concluir que "el distrito" violó la libre competencia desconociendo todos los argumentos y pruebas aportados, es decir, se concluyó sin sustento legal o fáctico.

Por último, HENRY ROMERO TRUJILLO anexa los documentos de designación y terminación de su encargo como Director de la UAESP.

8.4. OBSERVACIONES NELLY MOGOLLÓN MONTAÑEZ

NELLY MOGOLLÓN MONTAÑEZ, en su calidad de persona natural investigada y directora de la UAESP, presentó sus observaciones al Informe Motivado en los términos que se resumen a continuación.

En primer lugar, sostiene que el Decreto 564 de 2012 se expidió para garantizar la prestación del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá, en acatamiento a una decisión judicial de la Corte Constitucional. Adicionalmente, manifiesta que dicho Decreto tuvo fundamento en la ocurrencia del vencimiento de los contratos de concesión de las ASEs y de la urgencia manifiesta.

De igual manera, considera que la Delegatura incurrió en prejudicialidad, comoquiera que no podía tachar de ilegal el Decreto 564 de 2012 en tanto que un juez no decida sobre la ilegalidad del mismo.

²⁰ Observaciones al Informe Motivado HENRY ROMERO TRUJILLO, p. 43.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

De otra parte, manifiesta que ante la inexistencia de una metodología tarifaria especial, resultaba indispensable establecer un operador público que dispusiera de los recursos de la tarifa del servicio que eran requeridos para la inclusión de los recicladores que ordenó la Corte Constitucional.

También indica que los operadores no se encuentran excluidos del mercado y participan actualmente en la prestación del servicio, en tanto que en el Convenio Interinstitucional entre la EAB y la UAESP no se pactaron cláusulas de exclusividad, al paso que se celebró un otro sí para contratar a los operadores privados (antes concesionarios). Además, los contratos firmados con los operadores garantizan su remuneración por la prestación del servicio, independientemente de la cantidad de residuos recolectados, lo cual no es ninguna limitante a la libre competencia.

Adicionalmente, manifiesta que no participó en el Convenio 017 de 2012, por haberse firmado éste antes de su vinculación a la UAESP. Tampoco participó en el Decreto 564 de 2012, en la medida en que no lo suscribió, ni participó en su configuración, estructuración ni adopción.

Por último, aseveró que no negó el acceso al relleno sanitario, en tanto que los documentos en ese sentido que se mencionan en el Informe Motivado sólo aluden a la finalización de la autorización por terminación de los contratos de concesión.

NOVENO: Que en cumplimiento del procedimiento previsto en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, se dio traslado del Informe Motivado a los terceros interesados reconocidos dentro de la actuación.

Dentro del término establecido para que expresara sus observaciones, LIME, en su condición de tercero interesado en la actuación, manifestó su conformidad con los fundamentos jurídicos y fácticos emitidos por la Delegatura en su Informe Motivado. Sin embargo, advirtió que el Informe Motivado no hace recomendaciones para reestablecer el sistema de recolección de basuras en Bogotá a uno de libre competencia. Teniendo en cuenta lo anterior, solicita que se emitan las siguientes órdenes en la decisión final:

"(...)

- a) *Permitir el libre acceso de empresas de servicios públicos domiciliarios y prestadores de los definidos en el Artículo 15 de la Ley 142 de 1994, públicos y privados, que se encuentren interesados en la prestación de dicho servicio, en los componentes de recolección, transporte, barrido y limpieza, corte de césped y poda de árboles, para que presten dichos servicios en condiciones de libre competencia.*
- b) *Permitir que las empresas y personas antes señaladas, se instituyan como prestadores del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá, mediante la celebración de contratos de prestación de servicios públicos de condiciones uniformes con sus usuarios, así como la facturación, cobro y recaudo del servicio.*
- c) *Que se garantice que las empresas como LIME S.A. E.S.P. que fueron desplazadas del mercado del servicio de aseo por las personas y entidades investigadas, puedan establecerse como prestadores del servicio público de aseo, por lo menos, en las zonas de prestación del servicio, donde se ejercía hasta el día 17 de Diciembre de*

W

RESOLUCIÓN NÚMERO 2 5 0 3 6 DE 2014 Hoja No. 22

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

2012, en condiciones de libre competencia, sin perjuicio del acceso a dichas zonas de otros prestadores, de conformidad con lo señalado en el Decreto 2981 de 2013.

- d) *Que se permita y garantice el libre acceso y prestación del servicio público de aseo en el componente de disposición final, en el relleno sanitario Doña Juana, o cualquiera otro de propiedad o autorizado por el Distrito Capital, sin sujeción a permiso, contrato o convenio alguno, únicamente a las condiciones técnicas fijadas en la Ley, en especial en el Decreto 2981 de 2013, el Decreto 838 de 2005 y la Resolución 1390 de 2005, expedida por el entonces Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.*
- e) *Que se permita y garantice el libre acceso y prestación del servicio de facturación conjunta del servicio de aseo por parte de la EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ – EAB E.S.P., sin sujeción a permiso o condicionamiento alguno, diferente de las condiciones previstas en el Decreto 2668 de 1999, la Resolución CRA 151 de 2001 y la Resolución CRA 422 de 2007. (...)*

DÉCIMO: Que de conformidad con lo previsto en el artículo 25 del Decreto 4886 de 2011, el día 7 de abril de 2014 se escuchó al Consejo Asesor de Competencia del Superintendente de Industria y Comercio, el cual recomendó de forma unánime acoger la posición del Despacho del Superintendente en el sentido de sancionar a los investigados.

DÉCIMO PRIMERO: Que habiéndose agotado las etapas señaladas en el procedimiento aplicable a este tipo de actuaciones, este Despacho resolverá el presente asunto en los siguientes términos:

11.1. COMPETENCIA

De acuerdo con las atribuciones conferidas por la Ley a esta Superintendencia, en los términos del numeral 1 del artículo 2 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009, corresponde a esta Entidad "[v]elar por la observancia de las disposiciones sobre protección de la competencia; atender las reclamaciones o quejas por hechos que pudieren implicar su contravención y dar trámite a aquellas que sean significativas para alcanzar en particular los siguientes propósitos: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica".

De otra parte, el numeral 6 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011²¹, señala que el Superintendente de Industria y Comercio tiene como función "[v]igilar el cumplimiento de las disposiciones sobre protección de la competencia y competencia desleal en todos los mercados nacionales, respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica."

Así mismo, el artículo 4 de la Ley 1340 de 2009 establece que "[l]a Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992, la presente Ley y las demás disposiciones que las modifiquen o

²¹ Mediante el cual se modificaron los Decretos 3523 de 2009 y 1687 de 2010.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

adicionen, constituyen el régimen general de protección de la competencia, aplicables a todos los sectores y todas las actividades económicas".

Adicionalmente, el artículo 6 de la Ley 1340 de 2009, prevé que la Superintendencia de Industria y Comercio es la Autoridad Nacional de Protección de la Competencia, y en ese sentido señala que esta Entidad "[c]onocerá en forma privativa de las investigaciones administrativas, impondrá multas y adoptará las demás decisiones administrativas por infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia, así como en relación con la vigilancia administrativa del cumplimiento de las disposiciones sobre competencia desleal".

De acuerdo con lo anterior, es claro que a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1340 de 2009, la Superintendencia de Industria y Comercio es la autoridad única de protección de la competencia en Colombia, salvo en los casos expresamente exceptuados por la misma ley. Para el caso particular de protección de la competencia en materia de servicios públicos, la Superintendencia de Industria y Comercio ha sido ratificada en múltiples decisiones judiciales como la autoridad de protección de la competencia. En particular, la reciente Sentencia C-172 de 2014 de la Corte Constitucional, declaró la exequibilidad de algunos apartes de los artículos 2 y 6 de la Ley 1340 de 2009, en relación con la competencia de la SIC para conocer de las conductas anticompetitivas en todos los mercados, incluyendo los servicios públicos.

Finalmente, de conformidad con lo establecido en los numerales 4 y 6 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, en concordancia con el numeral 11 del artículo 3 del mismo Decreto, y el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, la Superintendencia de Industria y Comercio está facultada para imponer las sanciones pertinentes por violación a cualquiera de las disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas; ordenar a los infractores la modificación o terminación de las conductas; y sancionar la inobservancia de las instrucciones que imparta en desarrollo de sus funciones.

11.2. MARCO NORMATIVO

En la Resolución No. 14902 del 4 de abril de 2013, se ordenó abrir investigación en contra de la EAB, AGUAS DE BOGOTÁ y la UAESP por la presunta infracción de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el numeral 10 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, que disponen:

Ley 155 de 1959:

"Artículo 1. Quedan prohibidos los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros, y en general, toda clase de *prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia* y a mantener o determinar precios inequitativos" (Negrilla fuera de texto).

W

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

Decreto 2153 de 1992:

"Artículo 47. ACUERDOS CONTRARIOS A LA LIBRE COMPETENCIA. Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente Decreto se consideran contrarios a la libre competencia, entre otros, los siguientes acuerdos:

[...]

10. Los que tengan por objeto o tengan como efecto impedir a terceros el acceso a los mercados o a los canales de comercialización."

11.3. CASO CONCRETO

Mediante diversas quejas y comunicaciones radicadas ante esta Entidad, se informó sobre algunas circunstancias relacionadas con el esquema de prestación del servicio de aseo en Bogotá, las cuales presuntamente configurarían prácticas restrictivas de la competencia.

A continuación se presentan las quejas y comunicaciones que dieron origen a la presente actuación administrativa, tal y como fueron expuestas en el Informe Motivado:

- La Dirección Técnica de Gestión de Aseo de la SSPD remitió una comunicación enviada por esa Entidad el 18 de septiembre de 2012²² a DIEGO FERNANDO BRAVO BORDA, Gerente General de la EAB, en la cual señalaba lo siguiente:

*"Esta Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios ha tenido conocimiento de la presunta negativa por parte de la empresa a su cargo de suscribir convenios de facturación conjunta para la prestación del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá, con empresas interesadas en iniciar la operación del mismo en el Distrito"*²³.

En dicha comunicación, la SSPD realizó un recuento de la normatividad vigente en relación con la suscripción de los convenios de facturación conjunta y concluyó lo siguiente:

"(...) [E]s obligatorio para las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios, facturar los servicios de alcantarillado y aseo, suscribir el convenio de facturación conjunta, distribución y/o recaudo de pagos; así como garantizar la continuidad del mismo, si son del caso, salvo que existan razones técnicas insalvables comprobables que justifiquen la imposibilidad de hacerlo. (...) En estos casos, el prestador que asuma estos procesos no podrá imponer condiciones que atenten contra la libre competencia ni abusar de una posible posición dominante.

(...)²⁴. (Negrilla fuera de texto)

²² Radicada en la SSPD con el No. 20124330623021 del 18 de septiembre de 2012.

²³ Folio 1 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

²⁴ Folios 1 y 2 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

RESOLUCIÓN NÚMERO - 2 5 0 3 6 DE 2014 Hoja No. 25

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

La SSPD describió el procedimiento necesario para la concertación de un convenio de facturación conjunta y puso de presente la necesidad de un estricto cumplimiento de la normatividad con el fin de darle continuidad a la prestación del servicio público de aseo en Bogotá.

- Mediante escrito radicado con el No. 12-179734-0 del 11 de octubre de 2012²⁵, la CRA, remitió la comunicación enviada el 5 de octubre de 2012²⁶ por esa entidad a CARLOS MARIO DÍAZ DÍAZ, Representante Legal Suplente de ASEO CAPITAL, en la cual se efectuaron "(...) algunas precisiones de orden legal en relación con: i) los requisitos para ser prestador de los servicios públicos y ii) los convenios de facturación conjunta"²⁷ y se dio traslado de la denuncia a esta Superintendencia "(...) en condición de Autoridad Nacional de Protección a la Competencia"²⁸.
- Mediante escrito radicado con el No. 12-179742 del 11 de octubre de 2012²⁹, la CRA remitió copia de una comunicación presentada el 5 de septiembre de 2012³⁰ por "LIME", en la que tal empresa solicitó "(...) la igualdad de condiciones entre competidores"³¹ en el servicio de aseo de la Administración Distrital (en adelante "el DISTRITO").

LIME manifestó su solicitud en los siguientes términos:

*"Precisamente para respetar los presupuestos del referido esquema y asegurar la igualdad de condiciones entre competidores, estimamos de la mayor importancia que, en el marco de competencia dispuesto por el artículo 73 de la Ley 142 de 1994, la Entidad a su cargo adopte las medidas e imparta las instrucciones pertinentes para que se cumplan las disposiciones superiores que regulan la materia, de manera que este servicio público esencial se preste efectivamente en las condiciones de cobertura, calidad y eficiencia que impone la Constitución Política y requiere la Capital de la República"*³².

- Mediante escrito radicado con el No. 12-182188 del 16 de octubre de 2012³³, la CRA remitió copia de una comunicación presentada el 4 de septiembre de 2012³⁴ por ASEO CAPITAL, en la cual se indicó lo siguiente:

²⁵ Folio 7 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

²⁶ Radicada en la CRA con el No. 2012-221-10061621 del 5 de octubre del 2012.

²⁷ Folio 7 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente. Radicada en la CRA con el No. 2012-221-10062961 del 10 de octubre del 2012.

²⁸ Folio 9 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

²⁹ Folio 13 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

³⁰ Radicada en la CRA con el No. 2012-321-004268-2 del 5 de septiembre del 2012.

³¹ Folio 14 del Cuaderno Público No.1 del Expediente.

³² *Ibidem*.

³³ Folio 29 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

³⁴ Radicada en la CRA con el No. 2012-321-004266-2 del 4 de octubre del 2012.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

"Nos permitimos comunicarle que hemos tenido conocimiento de la decisión que ha tomado el Distrito Capital, informada por el Alcalde Mayor Gustavo Petro Urrego a través del diario El Espectador, de entrar al "negocio de las basuras en la ciudad" a través de una empresa del Distrito, dentro del esquema de libre competencia.

Frente al particular, resulta de gran importancia hacer algunas precisiones, y solicitudes a la entidad que usted dirige con el fin de garantizar, que dentro del esquema de libre competencia actual, se den igualdad de condiciones para los competidores en la ciudad³⁵.

- Mediante oficios radicados con los Nos. 12-198353 del 2 de noviembre de 2012³⁶, 12-199590 del 6 de noviembre de 2012³⁷, 12-204790 del 14 de noviembre de 2012³⁸ y 12-208415 del 19 de noviembre de 2012³⁹, ASEO CAPITAL, ATESA, LIME y CIUDAD LIMPIA, respectivamente, presentaron ante la SIC diferentes denuncias en contra de la EAB, la UAESP y la ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ (en adelante "ALCALDÍA"), por la presunta comisión de conductas constitutivas de prácticas comerciales restrictivas de la libre y leal competencia económica.

A partir de las referidas quejas, y de la información recaudada en la averiguación preliminar, la Delegatura encontró mérito suficiente para abrir investigación en contra de la EAB, AGUAS DE BOGOTÁ y la UAESP por haber infringido el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, y el numeral 10 del artículo 47 del decreto 2153 de 1992. Realizada la investigación por parte de la Delegatura, se determinó que la información obrante en el expediente daba cuenta de la ocurrencia de prácticas restrictivas por parte de la EAB, AGUAS DE BOGOTÁ y la UAESP, dirigidas a limitar la libre competencia y a obstruir el acceso de empresas de servicios públicos al mercado de aseo en la ciudad de Bogotá.

En concreto, las conductas que fundamentaron la recomendación de sanción de la Delegatura están relacionadas principalmente con: (i) la creación de un monopolio artificial a través de la implementación de un esquema de recolección conforme al cual el Distrito sería el único prestador del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá o por lo menos sería el único facultado para autorizar la entrada de competidores a dicho mercado; (ii) la negativa a dar acceso al rellenos sanitario Doña Juana a otros operadores, indispensable para la prestación del servicio en Bogotá; y (iii) la negativa de la EAB a realizar convenios de facturación conjunta con los operadores dispuestos a prestar el servicio en Bogotá.

De acuerdo con las pruebas que obran en el Expediente, este Despacho acogerá la recomendación de la Delegatura de sancionar a los investigados por la infracción a lo previsto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, y de archivar la investigación por la supuesta infracción al numeral 10 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992. A

³⁵ Folio 30 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

³⁶ Folio 213 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

³⁷ Folio 557 del Cuaderno Público No. 3 del Expediente.

³⁸ Folio 954 del Cuaderno Público No. 5 del Expediente.

³⁹ Folio 1062 del Cuaderno Público No. 6 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

continuación este Despacho presenta el análisis que le permite llegar a las anteriores conclusiones.

En primer lugar se presentarán unas consideraciones iniciales sobre la prestación de los servicios públicos en Colombia a partir de la expedición de la Constitución Política de 1991 y la Ley 142 de 1994, profundizando en el servicio público de aseo. Posteriormente, se realizará una descripción del mercado de aseo para el caso específico de la ciudad de Bogotá, para luego examinar cada una de las conductas investigadas y exponer las conclusiones del Despacho respecto de las mismas.

11.3.1. Los servicios públicos en Colombia a partir de la expedición de la Constitución Política de 1991 y la Ley 142 de 1994

Con la expedición de la Constitución de 1991 se produjo un cambio en el modelo bajo el cual se prestan los servicios públicos en Colombia. El nuevo régimen constitucional no solo concibe los servicios públicos como inherentes a la finalidad social del Estado, sino que, adicionalmente, los piensa como una actividad económica libre que puede ser desarrollada bien sea por los particulares, por el Estado, o por ambos, en condiciones de igualdad y libre competencia.

En efecto, el artículo 365 de la Constitución de 1991 señala que los servicios públicos en Colombia pueden ser provistos por el Estado, por los particulares o por comunidades organizadas, en los términos en que señale la ley. No obstante lo anterior, la propia Constitución señala que el Estado mantendrá la regulación, control y vigilancia de dichos servicios.

Señala el artículo 365 de la Constitución:

"Capítulo 5

De la finalidad social del estado y de los servicios públicos

Artículo 365. Prestación de Servicios Públicos. Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita.
(Subrayas y negrilla fuera de texto)

Así, la Constitución de 1991 no estableció una exclusividad en favor del Estado para proveer servicios públicos en Colombia, sino que, por el contrario, contempló un régimen según el cual los servicios públicos pueden ser prestados por particulares en

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

condiciones de igualdad, competencia y, sobre todo, neutralidad competitiva frente al Estado.

De esta manera, se concibió que el espíritu de la Constitución Política en relación con los servicios públicos estaba dirigido a incluir a los particulares en su gestión y operación, de tal forma que en la medida que el Estado se desprendiera del papel de proveedor exclusivo de servicios públicos, la competencia en cada uno de los sectores que los conforman generaría la calidad y eficiencia que la prestación por parte de los antiguos monopolios estatales carecía.

Frente al modelo adoptado por la Constitución de 1991 el Consejo de Estado, mediante providencia del 17 febrero de 2005, señaló:⁴⁰

"3. El caso concreto de los servicios públicos domiciliarios

La tesis expuesta de modo general, según la cual la prestación de los servicios públicos no constituye función pública, se aplica también en el caso específico de los servicios públicos domiciliarios, los cuales, a términos de la Constitución y de la Ley 142 de 1994, pueden ser prestados por empresas públicas o privadas en condiciones de igualdad y bajo la intervención del Estado, en cuanto a su regulación, control y vigilancia. Sobre el tema, la doctrina sostiene:

"De otra parte, podemos afirmar que los servicios públicos domiciliarios hacen parte del concepto genérico de los servicios públicos, pero no dentro de un concepto formal de función pública, sino bajo un concepto objetivo o material en el cual son actividades económicas prestadas por cualquier agente ya sea el Estado, los particulares o las comunidades y que al mismo tiempo el Estado interviene para regular y vigilar esos servicios."⁴¹ (se resalta)

En el mismo sentido se pronuncia el Dr. Guillermo Chahín Lizcano, quien afirma lo siguiente:

"En consecuencia, el régimen constitucional consagrado a partir de 1991 para la prestación de los servicios públicos domiciliarios es el que corresponde al ejercicio de una actividad económica que debe cumplirse bajo las reglas y principios contenidos en las disposiciones generales que orientan la actividad económica en Colombia, los artículos 333 y 334 de la Carta, y las especiales anteriormente transcritas. Vale decir que se trata de un régimen de libertad de empresa pero dentro de los límites del bien común, sujeta esta actividad a la dirección general y a la intervención del Estado con miras al logro de los fines del Estado Social de derecho.

(...)

⁴⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Providencia del 17 de febrero de 2005, Expediente 27673, Consejero Ponente Alier Eduardo Hernández Enríquez.

⁴¹ MORENO, Luis Ferney, "Servicios públicos domiciliarios. Perspectivas del derecho económico", Universidad Externado de Colombia, (Bogotá - 2001), pág. 70.

W

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

Al expedirse la ley, se cambia el concepto de los controles que se ejercen sobre las entidades prestadoras de servicios públicos, tradicionalmente enmarcado dentro de la concepción de que su prestación corresponde al desarrollo de una actividad administrativa pública, para reemplazarlo por el moderno que permite el acceso libre de los particulares, que obliga a que el Estado compita con ellos en igualdad de circunstancias, sin privilegios ni exclusividades, y que considera que la prestación de tales servicios no es otra cosa que el ejercicio de una actividad económica que se cumple por todos dentro de un criterio de libertad aunque sometida a la regulación, vigilancia y control del Estado, pero ya no según los mecanismos tradicionales de control sobre la actividad estatal, sino en ejercicio de la facultad constitucional que tiene el Estado de intervenir en la economía

(...)

"Por todo lo dicho, la Sala concluye que la Constitución de 1991 significó un gran cambio en cuanto se refiere a la concepción de los servicios públicos, pues reconoce que el Estado y los particulares pueden concurrir, en condiciones de libre competencia, a su prestación, sin que ello signifique que renuncie a su condición de director general de la economía y garante del cumplimiento de la función social de la propiedad" (Subrayas y negrilla fuera del texto). En este sentido. Siguiendo al doctor Chain Lizcano, se reitera:

"Los servicios públicos se sustraen del esquema de administración pública, de función pública, de servicio público como responsabilidad estatal, para trasladarse al campo de la economía general, en donde el Estado cumple con respecto a ellos, su papel regulador, fundamentado en las atribuciones que le confieren, entre muchas otras normas constitucionales, los artículos 333 y 334 de la Constitución Política. (...) Como la intervención debe cumplirse en relación con todo el proceso económico, o como dice la Constitución "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..." no hay duda que el Constituyente de 1991, estructuró con relación a los servicios públicos domiciliarios, un esquema específico o particular de intervencionismo, caracterizado por los elementos y componentes institucionales anteriormente descritos, por lo que resulta válido afirmar que en adelante, la aproximación conceptual al tema de los servicios públicos no puede hacerse con fundamento en la ecuación que equipara servicio público a función pública, sino desde la perspectiva de que corresponden al concepto de bienes de mercado, sometidos en su desempeño a las leyes del mercado, en donde el Estado actúa (interviene) para racionalizar su prestación en la búsqueda del mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes y la distribución equitativa de las oportunidades." (se resalta)

En la misma providencia, el Consejo de Estado, al definir si la prestación de servicios públicos constituye o no una función pública, señaló:

"Se puede concluir, entonces, que el constituyente y el legislador colombianos han entendido que la prestación de los servicios públicos no debe ser considerada como

⁴² CHAHIN LIZCANO, Guillermo, "Elementos básicos del régimen Constitucional y legal de los servicios públicos domiciliarios", Publicación de la Empresa de Energía de Bogotá, Bogotá - 1998, pág. 111.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

función pública. Esta concepción se explica si se tiene en cuenta que la Constitución, apartándose de la visión clásica de los servicios públicos, reseñada atrás, estableció que la prestación de los mismos debe ser desarrollada por entidades oficiales, mixtas y privadas, en condiciones de competencia y con la aplicación de un régimen de igualdad.

Así lo tiene reconocido esta Corporación que, con ocasión de decidir una acción popular, se pronunció como sigue:

"El modelo constitucional económico de la Carta Política de 1991 está fundado en la superación de la noción francesa de servicio público, conforme a la cual éste era asimilable a una función pública, para avanzar hacia una concepción económica según la cual su prestación está sometida a las leyes de un mercado fuertemente intervenido; así se deduce del artículo 365 constitucional cuando dispone que es deber del Estado asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos y que estos pueden ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por particulares. Nótese que la norma es clara en señalar que Estado debe asegurar la prestación (no prestar forzosamente) al tiempo que permite la concurrencia de agentes (públicos, privados o mixtos) en su prestación."⁴³

***Partiendo de este marco conceptual y normativo en el que entidades públicas y privadas deben competir en condiciones de igualdad**, no es posible aceptar, como lo plantea el profesor Palacios, que las entidades públicas que prestan servicios públicos, cuando lo hacen, ejercen una función pública, mientras que las privadas desempeñan siempre una actividad comercial" (Subrayas y negrilla fuera del texto)*

Visto lo anterior, y conforme a la interpretación que ha dado el Consejo de Estado, es claro que la Constitución de 1991 estableció un esquema de libre competencia para la prestación de los servicios públicos en Colombia, bajo el cual los particulares y el Estado *"deben competir en condiciones de igualdad"*, sin que una entidad pública particular pueda otorgarle privilegios o ventajas competitivas a las empresas que son propiedad del Estado, frente a las empresas que no lo son.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el inciso segundo del artículo 365 de la Constitución señaló que *"los servicios públicos estarán sometidos al régimen que fije la ley (...)"*, se expidió en Colombia la Ley 142 de 1994, *"[p]or la cual se establece el régimen de servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones"*. Dicha Ley regula la forma en que se deben prestar los servicios públicos en Colombia y, en consonancia con la Constitución, señala que los servicios públicos domiciliarios están sujetos a un régimen de libre competencia, y que sólo en situaciones excepcionalísimas y regladas serán prestados directamente por el Estado, siempre y cuando se cumplan los requisitos que para ello establece la misma ley.

El régimen de servicios públicos en Colombia (Ley 142 de 1994) señala que uno de los fines de la intervención del Estado en los servicios públicos es la libre competencia en el mercado y la no utilización abusiva de la posición dominante. Señala la Ley:

⁴³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 13 de mayo de 2004, Expediente AP - 0020.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

"Artículo 2. Intervención del Estado en los servicios públicos. El Estado intervendrá en los servicios públicos, conforme a las reglas de competencia de que trata esta Ley, en el marco de lo dispuesto en los artículos 334, 336, y 365 a 370 de la Constitución Política, para los siguientes fines: (...)

2.5. Prestación eficiente.

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

Así mismo, el régimen señala que los usuarios de los servicios públicos tienen derecho a escoger libremente la persona o empresa prestadora de determinado servicio público:

"Artículo 9. Derecho de los usuarios. Los usuarios de los servicios públicos tienen derecho, además de los consagrados en el Estatuto Nacional del Usuario y demás normas que consagren derechos a su favor, siempre que no contradigan esta ley, a:

9.2. La libre elección del prestador del servicio y del proveedor de los bienes necesarios para su obtención utilización."

Más aún, el artículo 11 de la Ley 142 de 1994 señala:

"Artículo 11. Reglamentado por el Decreto Nacional 2668 de 1999, Reglamentado por el Decreto Nacional 1987 de 2000. Función social de la propiedad en las entidades prestadoras de servicios públicos. Para cumplir con la función social de la propiedad, pública o privada, las entidades que presten servicios públicos tienen las siguientes obligaciones:

(...)

11.2. Abstenerse de prácticas monopolísticas o restrictivas de la competencia, cuando exista, de hecho, la posibilidad de la competencia."

Acorde con la filosofía que inspiró las nuevas normas constitucionales y legales sobre servicios públicos en Colombia, según la cual dichos servicios se prestarían bajo el principio de igualdad y libre competencia, la Ley 142 de 1994 estableció que los servicios públicos sólo serían prestados directamente por los municipios en aquellos casos en que la libre competencia no fuese posible, bien por no haber competidores dispuestos a prestar determinado servicio, bien porque la prestación directa resultara más eficiente que la libre competencia y derivara en menores costos y mayor calidad para los usuarios, cuestión que debía (y debe) ser verificada por estudios técnicos elaborados por el Superintendente de Servicios Públicos.

Así mismo, la Ley 142 de 1994 estableció que la autorización para que un municipio preste directamente un servicio público no se utilizará, en ningún caso, para constituir un monopolio de derecho.

Dice en este sentido el artículo 6 de la Ley 142 de 1994:

"Artículo 6. Prestación directa de servicios por parte de los municipios. Los municipios prestarán directamente los servicios públicos de su competencia, cuando las características técnicas y económicas del servicio, y las conveniencias generales lo permitan y aconsejen, lo cual se entenderá que ocurre en los siguientes casos:

RESOLUCIÓN NÚMERO - 2 5 0 3 6 DE 2014 Hoja No. 32

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

6.1. Cuando, habiendo hecho los municipios invitación pública a las empresas de servicios públicos, no haya habido empresa alguna que se ofreciera a prestarlo;

6.2. Cuando, no habiendo empresas que se ofrecieran a prestar el servicio, y habiendo hecho los municipios invitación pública a otros municipios, al Departamento del cual hacen parte, a la Nación y a otras personas públicas o privadas para organizar una empresa de servicios públicos que lo preste, no haya habido una respuesta adecuada;

6.3. Cuando, aún habiendo empresas deseosas de prestar el servicio, haya estudios aprobados por el Superintendente que demuestren que los costos de prestación directa para el municipio serían inferiores a los de empresas interesadas, y que la calidad y atención para el usuario serían, por lo menos, iguales a las que tales empresas podrían ofrecer. Las Comisiones de Regulación establecerán las metodologías que permitan hacer comparables diferentes costos de prestación de servicios.

(...)

De acuerdo con el artículo 336 de la Constitución Política, la autorización para que un municipio preste los servicios públicos en forma directa no se utilizará, en caso alguno, para constituir un monopolio de derecho. (Subrayas y negrilla fuera del texto original)

Para este Despacho es claro, de la lectura del artículo 6 de la Ley 142 de 1994, que un municipio sólo puede prestar directamente un servicio público (incluido el de recolección de basuras) en aquellos casos en que se cumplan los siguientes presupuestos: i) que después de haber realizado el municipio una invitación pública a empresas de servicios públicos para prestar el servicio, ninguna de ellas estuviese dispuesta a prestarlo; ii) que habiendo hecho el municipio invitación a otros municipios, al departamento del cual hacen parte, a la nación y a otras personas públicas o privadas para que organicen una empresa de servicio público que ofrezca el servicio, ninguna de ellas hubiese respondido favorable y adecuadamente; iii) que incluso habiendo empresas interesadas en prestar el servicio público, el Superintendente de Servicios Públicos haya demostrado mediante estudios que los costos de prestación directa del servicio para el municipio serían inferiores a los de las empresas interesadas en competir, y que la calidad y la atención para el usuario serían, por lo menos, iguales a las que tales empresas podrían ofrecer.

Nótese que según la ley, un municipio puede prestar directamente un servicio prescindiendo de otros agentes del mercado, o bien cuando la libre competencia no es posible por no haber competidores dispuestos a ofrecer el servicio, o bien cuando el Superintendente de Servicios Públicos demuestre mediante estudios técnicos que la prestación directa del servicio por parte del municipio resulta más eficiente y benéfica para el consumidor que la libre competencia.

Es claro según el régimen legal colombiano de servicios públicos, que la autorización para que un municipio preste de forma directa un servicio público, en ningún caso puede ser utilizada para constituir un monopolio de derecho, es decir, para excluir competidores con el objetivo de que sea únicamente el municipio el que preste el servicio público de que se trate.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

El anterior entendimiento ha sido ratificado por el Consejo de Estado en la misma providencia del 17 de febrero de 2005, Expediente 27.673, donde dicha corporación señaló⁴⁴:

"Esta tesis es corroborada por el artículo 6° de la ley 142 de 1994, por el cual los municipios sólo se encargarían de la prestación directa de los servicios públicos domiciliarios en aquellos casos en los que, por las condiciones del mercado, no hubiera otra entidad que los pudiera prestar. Así, el legislador pretendió mantener la prestación de los servicios públicos domiciliarios como actividad económica libre, y solamente en aquellos casos en que el mercado lo impide, impone a los municipios la obligación prestarlos; ello, en desarrollo del deber constitucional que tiene el Estado de asegurar su prestación continua, eficiente y universal.

"De igual manera, el art. 27 señala que las entidades públicas que participen en el capital de las empresas de servicios públicos no podrán otorgarles privilegios diferentes de los establecidos en la misma ley 142. Con ello, el legislador pretendió evitar que la participación de una entidad pública implicara instaurar desigualdades en el campo de los servicios públicos.

(...)

"Por todo lo dicho, la Sala concluye que la Constitución de 1991 significó un gran cambio en cuanto se refiere a la concepción de los servicios públicos, pues reconoce que el Estado y los particulares pueden concurrir, en condiciones de libre competencia, a su prestación, sin que ello signifique que renuncie a su condición de director general de la economía y garante del cumplimiento de la función social de la propiedad (...)"

De acuerdo con el régimen constitucional y legal de servicios públicos en Colombia se concluye que:

- i) Tanto los particulares como el Estado pueden prestar servicios públicos en condiciones de libre competencia e igualdad, sin que pueda el Estado establecer ventajas competitivas o privilegios en favor de sus empresas y en perjuicio de los demás agentes del mercado. Actuar en tal sentido conllevaría una infracción al régimen establecido en la Constitución de 1991 y la Ley 142 de 1994;
- ii) La autorización para que un municipio preste un servicio público de forma directa en ningún caso puede ser utilizada para constituir un monopolio de derecho, lo cual implica que, si bien el municipio puede entrar a prestar el servicio, lo debe hacer en condiciones de libre competencia, igualdad y neutralidad competitiva con otros prestadores, sean estos públicos o privados. Cualquier actuación en contrario implicará la infracción del régimen legal colombiano en materia de servicios públicos.
- iii) Los municipios sólo se encargarán de la prestación directa y exclusiva de los servicios públicos en aquellos casos en los que, por las condiciones del mercado, no exista otra entidad que los preste, es decir, no haya otros competidores dispuestos a ofrecer el servicio; o en aquellos casos en que habiendo competidores dispuestos a

⁴⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del 17 de febrero de 2005, expediente: 27.673, radicación: 500012331000200300277 01.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

participar en el mercado, existan estudios técnicos del Superintendente de Servicios Públicos en los que se concluya que la prestación directa del servicio por parte del municipio es más eficiente que el esquema de libre competencia. Esto quiere decir que en aquellos casos en los que existan dentro del municipio competidores dispuestos a prestar el servicio público, no podrá dicha entidad territorial abrogarse la prestación exclusiva del servicio. Más aún, si a pesar de existir competidores dispuestos a prestar el servicio el municipio desea prestarlo de forma directa y exclusiva, sin competidores, deberá contar con un estudio aprobado por el Superintendente de Servicios Públicos en el cual se establezca que el resultado económico que arroja la libre competencia en ese mercado específico es inferior al que arroja la prestación directa del servicio por parte del municipio. De no existir tal estudio, el municipio no podrá prestar el servicio de forma exclusiva y deberá competir en condiciones de igualdad con los operadores restantes que deseen ofrecer el servicio público.

Es claro entonces para este Despacho que el régimen constitucional y legal de los servicios públicos en Colombia está concebido para que estos se presten en libre competencia, salvo muy contadas excepciones donde la competencia no es posible por no haber competidores o porque resulta ineficiente frente a la prestación directa por parte del municipio. En cualquier caso, para que el municipio preste de forma directa y exclusiva el servicio deberán verificarse los procedimientos y requisitos establecidos en el artículo 6 de la Ley 142 de 1994.

Ahora bien, el hecho de que el régimen de servicios públicos en Colombia sea de libre competencia no quiere decir que la única forma de honrar ese principio sea asumiendo una conducta de competencia "en el mercado", conforme a la cual los prestadores de un servicio luchan por el favoritismo de sus clientes dentro de una misma zona geográfica. En efecto, el régimen de la Ley 142 de 1994 permite que haya libre competencia o bien "en el mercado", o bien "por el mercado", teniendo lugar esta última en aquellos casos en que un municipio, previo el cumplimiento de unos requisitos y procedimientos legales, realiza un proceso de licitación para asignar la prestación exclusiva del servicio por parte del operador ganador en una zona geográfica determinada. Estas zonas geográficas que son asignadas por virtud de licitación (donde las empresas compiten para ser los adjudicatarios de un área de recolección), se denominan "áreas de servicio exclusivo".

"Artículo 40. Áreas de Servicio exclusivo. Por motivos de interés social y con el propósito de que la cobertura de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado, saneamiento ambiental, distribución domiciliaria de gas combustible por red y distribución domiciliaria de energía eléctrica, se pueda extender a las personas de menores ingresos, la entidad o entidades territoriales componentes, podrán establecer mediante invitación pública, áreas de servicio exclusivas, en las cuales podrá acordarse que ninguna otra empresa de servicios públicos pueda ofrecer los mismos servicios en la misma área durante un tiempo determinado. Los contratos que se suscriban deberán en todo caso precisar el espacio geográfico en el cual se prestará el servicio, los niveles de calidad que debe asegurar el contratista y las obligaciones del mismo respecto del servicio. También podrán pactarse nuevos aportes públicos para extender el servicio.

Parágrafo 1o. La comisión de regulación respectiva definirá, por vía general, cómo se verifica la existencia de los motivos que permiten la inclusión de áreas de servicio exclusivo en los contratos; definirá los lineamientos generales y las condiciones a las

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

cuales deben someterse ellos; y, antes de que se abra una licitación que incluya estas cláusulas dentro de los contratos propuestos, verificará que ellas sean indispensables para asegurar la viabilidad financiera de la extensión de la cobertura a las personas de menores ingresos." (Subrayas fuera del texto)

Así, las áreas de servicio exclusivo establecidas en la Ley 142 de 1994 constituyen la segunda forma que prevé el régimen colombiano de servicios públicos para cumplir con el principio de libre competencia económica de rango constitucional y legal. En este evento, la competencia entre las empresas se produce ya no "en el mercado" sino "por el mercado", es decir, por ser adjudicatario de una zona geográfica específica en la que el ganador será el único que preste el servicio. Así, entonces, las empresas compiten entre ellas por llegar a ser el "monopolista" de una zona geográfica en la que se prestará el servicio de forma exclusiva por el ganador, razón por la cual la competencia tiene lugar pero en un momento diferente. Lo relevante en este caso es que los beneficios de la libre competencia se traducirán en que el oferente del servicio público más eficiente será el adjudicatario de un área de servicio exclusivo, y que los consumidores recibirán los beneficios de esa eficiencia que es resultado de una competencia "por el mercado".

Ahora bien, para que un municipio pueda honrar el principio de libre competencia mediante la asignación de áreas de servicio exclusivo vía licitación, deberá contar obligatoriamente con el concepto favorable de la CRA, en donde dicha Entidad certifique que existen motivos para que el servicio público en determinado municipio se preste mediante la asignación de áreas de servicio exclusivo, es decir en libre competencia "por el mercado", y no en libre competencia "en el mercado", como sería la regla general.

De acuerdo con el artículo 40 de la Ley 142 de 1994, las ASE fueron creadas con la finalidad de garantizar la cobertura de los servicios públicos a las personas de menores ingresos. Existe la posibilidad de establecer ASE mediante un proceso de selección contractual a través de licitación pública, en el que se establece que ninguna otra empresa de servicios públicos puede prestar los mismos servicios en estas zonas durante un tiempo determinado.

Según la CRA, la adjudicación de la prestación de tales servicios debe realizarse a través de contratos de concesión, previo agotamiento de un proceso licitatorio público en el que se garantice la competencia y la transparencia, y previa verificación de motivos por parte de dicha entidad. Como se observa, el establecimiento de ASE constituye un procedimiento reglado que no puede ser obviado por las entidades territoriales⁴⁵.

Así las cosas, según lo estipulado en el artículo citado y lo desarrollado por la Resolución CRA No. 151 de 2001, cuando no existen estudios de la SSPD en donde se establezca que la prestación directa y exclusiva por parte del municipio es la alternativa más eficiente para la prestación del servicio, solo es posible restringir el acceso al mercado del servicio de aseo tras establecer áreas geográficas exclusivas para su prestación. En ese caso, les corresponde a las entidades territoriales solicitar a la CRA

⁴⁵ Folio 1475 del Cuaderno Público No. 8 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

la verificación de los motivos que permitan la inclusión de cláusulas de ASE en los contratos de concesión. En efecto, de acuerdo a lo conceptuado por la CRA, la ley no prevé la posibilidad de que existan ASE de hecho o como un derecho adquirido⁴⁶.

Es importante anotar que, con excepción de los casos en los cuales se establezcan ASE en los términos del artículo 40 de la Ley 142 de 1994, los prestadores no requerirán la celebración de contratos con los municipios para la prestación de los servicios públicos domiciliarios, como el aseo. Esto teniendo en cuenta que el régimen de libre competencia permite que cualquier empresa que obtenga las licencias pertinentes pueda entrar a prestar el servicio en condiciones de igualdad competitiva.

De esta forma, el principio de libre competencia en la prestación de servicios públicos, establecido en la Ley 142 de 1994, se puede materializar por dos vías: i) libre competencia en el mercado; y ii) libre competencia mediante áreas de servicio exclusivo. Este último evento, que reemplaza el régimen de libre competencia en el mercado, sólo se producirá previa certificación de la CRA en la que dicha Entidad certifique que existen motivos para establecer dichas áreas de servicio exclusivo.

En conclusión, los servicios públicos en Colombia se pueden prestar o en libre competencia (sea en el mercado o mediante áreas de servicio exclusivo), o de forma directa y exclusiva por parte del municipio, siempre y cuando se verifiquen, en este último caso, uno de dos escenarios: o bien que la libre competencia no es posible porque no hay ninguna empresa dispuesta a ofrecer el servicio en una zona determinada, o bien que habiendo empresas dispuestas a prestar el servicio se demuestre, con estudios técnicos que realice el Superintendente de Servicios Públicos, que la libre competencia no es eficiente, y que la prestación directa por el municipio resultaría en menores costos y por lo menos igual calidad para los consumidores. A continuación se presenta un cuadro con los dos esquemas a través de los cuales se pueden prestar los servicios públicos en un municipio determinado de conformidad con la ley colombiana:

Tabla No. 1. FORMAS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS SEGÚN LA LEY 142 DE 1994

| FORMAS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS SEGUN LA LEY 142 DE 1994 | | |
|--|--|--|
| LIBRE COMPETENCIA | | PRESTACIÓN DIRECTA Y EXCLUSIVA DEL MUNICIPIO CUANDO LIBRE COMPETENCIA NO ES VIABLE |
| <u>Libre Competencia Pura y Simple</u> | <u>Libre Competencia Mediante Áreas de Servicio Exclusivo</u> | <u>Prestación Directa y Exclusiva por el Municipio</u> |
| -La libre competencia en este caso es en el mercado, y en ella pueden participar tanto | -La libre competencia en este caso es "por el mercado", y no "en el mercado", ya que las | -La prestación del servicio público de manera directa y exclusiva por un municipio es absolutamente |

⁴⁶ Por ejemplo, la existencia de una empresa que tradicionalmente ha prestado un servicio público domiciliario de forma monopolista durante un largo periodo de tiempo, no le confiere derechos adquiridos sobre el mercado al cual le presta el servicio. Lo anterior no puede aducirse como motivo para evitar la entrada de competidores al mercado. Folio 1475 del Cuaderno Público No. 8 del Expediente.

W

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

| FORMAS DE PRESTACION DE SERVICIOS PUBLICOS SEGUN LA LEY 142 DE 1994 | | |
|---|--|--|
| <p>prestadores públicos como privados en igualdad de condiciones.</p> <p>-La libre competencia pura y simple es la regla general y residual de prestación de servicios públicos en Colombia.</p> <p>-No habrá libre competencia en el mercado únicamente si se cumplen los requisitos de ley o bien para que se preste el servicio mediante áreas de servicio exclusivo, o bien para que el municipio preste de forma directa el servicio.</p> | <p>empresas compliten por ser los prestadores exclusivos del servicio en una zona geográfica específica.</p> <p>-El municipio, mediante licitación en el que varias empresas (públicas o privadas) compliten en igualdad de condiciones, asigna al ganador el derecho a prestar el servicio de forma exclusiva en una zona geográfica.</p> <p>-Se aplica únicamente en aquellos casos en que el municipio lo considera conveniente y, además, obtiene una certificación o concepto en el que la Comisión de Regulación respectiva afirme que se cumplen los requisitos para que se constituyan áreas de servicio exclusivo.</p> <p>-Si no se cumplen los requerimientos establecidos por la Comisión de Regulación no se podrán configurar áreas de servicio exclusivo y el régimen deberá ser de libre competencia en el mercado.</p> | <p>excepcional.</p> <p>-Solo tiene lugar cuando no hay competidores dispuestos a prestar el servicio o cuando la prestación directa por parte del municipio derive en una prestación más eficiente que la libre competencia.</p> <p>-En efecto, según la ley 142 de 1994, los municipios sólo prestarán directamente y de forma exclusiva el servicio cuando:</p> <p>a) Habiendo hecho invitación pública a empresas de servicios públicos para que presten el servicio, ninguna esté dispuesta a prestarlo.</p> <p>b) Cuando habiendo hecho invitación a empresas de otras regiones (Nación, Departamentos y otros Municipios) ninguna quiera prestarlo ni tampoco haya particulares o Entidades dispuestas a organizar una empresa para la prestación del servicio.</p> <p>c) Cuando habiendo empresas dispuestas a prestar el servicio, haya estudios aprobados por el Superintendente de Servicios Públicos, según metodología señalada por las comisiones de regulación, en los que se concluya que si el servicio público es prestado directamente por el municipio los costos de prestación serían menores y, adicionalmente, la calidad del servicio sería por lo menos igual a la que resultaría en un régimen de libre competencia.</p> |

Fuente: Elaboración SIC

En el presente caso, como se demostrará a lo largo de esta Resolución, las personas jurídicas investigadas diseñaron e implementaron un esquema de prestación directa y exclusiva del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá por parte del Distrito Capital, no obstante existían varias empresas de servicios públicos dispuestas a prestarlo en libre competencia y, adicionalmente, no había estudios aprobados por el Superintendente de Servicios Públicos en los que se estableciera que la prestación del servicio de forma directa por parte del Distrito resultaría en menores costos e igual o mayor calidad del servicio para los consumidores, en comparación con aquella que resultaría de un esquema de libre competencia.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

De esta forma, al haber las entidades investigadas ejecutado varias acciones encaminadas a que una empresa del Distrito Capital prestara de forma exclusiva y excluyente el servicio público de aseo en Bogotá, y exigiendo a otras empresas de servicios públicos autorizaciones de parte de las Entidades investigadas para poder prestar el servicio, sin cumplir con requisitos legales de ningún tipo, violaron el régimen de libre competencia establecido en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

En efecto, como se señalará más adelante, la UAESP, la EAB, AGUAS DE BOGOTÁ, y las personas naturales investigadas, desplegaron conductas que resultaron en un bloqueo para que competidores legítimamente interesados y facultados legalmente para prestar el servicio público de aseo en Bogotá, pudieran hacerlo.

Dentro de estas conductas se incluyen: i) los diversos actos y contratos firmados por las Entidades investigadas en los que se decretaba que únicamente las empresas autorizadas por el Distrito Capital de Bogotá (a través de la UAESP) podían prestar el servicio público de aseo en la ciudad; ii) las acciones encaminadas a bloquear el acceso al relleno sanitario de aquellos operadores de empresas de aseo que no obtuvieran autorización de la UAESP, impidiendo así el acceso a una facilidad que resultaba necesaria para la prestación del servicio de aseo; iii) la negativa de la EAB a realizar acuerdos de facturación conjunta que permitieran a los operadores que estaban dispuestos a competir en igualdad de condiciones en el mercado con cualquier entidad pública o privada obtener una remuneración por el servicio prestado, siendo la facturación conjunta necesaria para competir en el mercado de servicio de aseo en Bogotá; y iv) la prohibición de las autoridades Distritales para que empresas de servicios públicos de carácter privado prestaran el servicio público de aseo, so pena de ser inmovilizados sus vehículos de prestación de servicio a través de la Policía.

De esta forma, las entidades investigadas adoptaron un régimen de prestación directa y exclusiva por parte del Distrito sin que se cumplieran los requisitos legales para ello, lo cual no solo se aparta de lo establecido en el artículo 6 de la Ley 142 de 1994, sino además resulta en una infracción del artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

Este Despacho aclara, desde ya, que las políticas públicas en materia de servicios públicos deben ajustarse a lo establecido en la Ley (en este caso a la Ley 142 de 1994), sin que pueda un Gobierno, a través de sus entidades adoptar políticas que contraríen tales disposiciones, bajo el pretexto de que una Entidad Pública puede adoptar cualquier política pública que considere adecuada para realizar el interés general. Uno de los principios fundantes de un Estado de Derecho consiste en que no solo los particulares, sino también las entidades públicas y los gobernantes, deben ajustar su conducta a lo establecido en la Ley y la Constitución, siendo su marco de acción el establecido en las normas jurídicas.

Así, la discrecionalidad que puede implicar el diseño de una política pública de ninguna forma constituye una licencia para actuar por fuera de los mandatos establecidos en las normas jurídicas, incluso si no se está de acuerdo con ellas. En el caso particular, el hecho de que el Distrito de Bogotá no estuviese de acuerdo con el régimen de servicios públicos establecido en la Constitución y la Ley 142 de 1994, no le otorgaba un derecho a dicho ente para que, a través de las personas jurídicas

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

que controla, realizara conductas encaminadas a modificarlo, en contravención de las normas jurídicas que protegen la libre competencia.

11.3.2. Servicio público de aseo

Este Despacho acoge lo manifestado por la Delegatura en cuanto a la definición y descripción del mercado relevante en el presente caso. Bajo esta perspectiva, a continuación se presentará lo expuesto por la Delegatura respecto de la definición del mercado relevante:

El servicio público de aseo fue definido por la Ley 142 de 1994 en los siguientes términos:

"Es el servicio de recolección municipal de residuos, principalmente sólidos. También se aplicará esta Ley a las actividades complementarias de transporte, tratamiento, aprovechamiento y disposición final de tales residuos.

Igualmente incluye, entre otras, las actividades complementarias de corte de césped y poda de árboles ubicados en las vías y áreas públicas; de lavado de estas áreas, transferencia, tratamiento y aprovechamiento".

De acuerdo con la normatividad vigente⁴⁷, el servicio de aseo corresponde a un servicio público esencial cuya prestación eficiente debe ser asegurada por el Estado a todos los habitantes del territorio nacional. Cabe mencionar que su prestación está sujeta a la regulación estatal, en razón a la naturaleza económica del servicio y a las fallas de mercado que lo caracterizan. En efecto, el servicio de aseo exhibe las características de un bien público (es no rival y no excluible), genera externalidades positivas y enfrenta imposibilidades de suspensión e individualización en su cobro.

El servicio público domiciliario de aseo comprende la recolección de residuos sólidos, transporte, transferencia, tratamiento, aprovechamiento y disposición final, junto con otras actividades entre las que se encuentran el barrido y la limpieza de vías y áreas públicas; el corte de césped y poda de árboles ubicados en estas áreas; el lavado de las mismas y la recolección, transporte, tratamiento y disposición final de los residuos sólidos originados por estas actividades⁴⁸.

Como se observa en la Gráfica No. 1, la prestación del servicio de aseo está sujeta a la regulación, control y vigilancia del Estado, funciones que están en cabeza de la CRA, como entidad reguladora del sector, y de la SSPD, como entidad facultada para ejercer la inspección, vigilancia y control en este mercado (sin perjuicio de las funciones de inspección, vigilancia y control que la SIC ejerce como autoridad única de competencia en todos los sectores de la economía nacional).

Ahora bien, a diferencia de otros mercados en los que la cadena productiva finaliza con la provisión del bien generado al usuario, en el caso del aseo el usuario es el productor

⁴⁷ Artículo 365 de la Constitución Política de Colombia y artículo 4 de la Ley 142 de 1994.

⁴⁸ Numeral 14.24 del artículo 14 Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 1 de la Ley 632 de 2000; artículo 1 de la Ley 689 de 2001 y artículo 1 del Decreto 1713 de 2002.

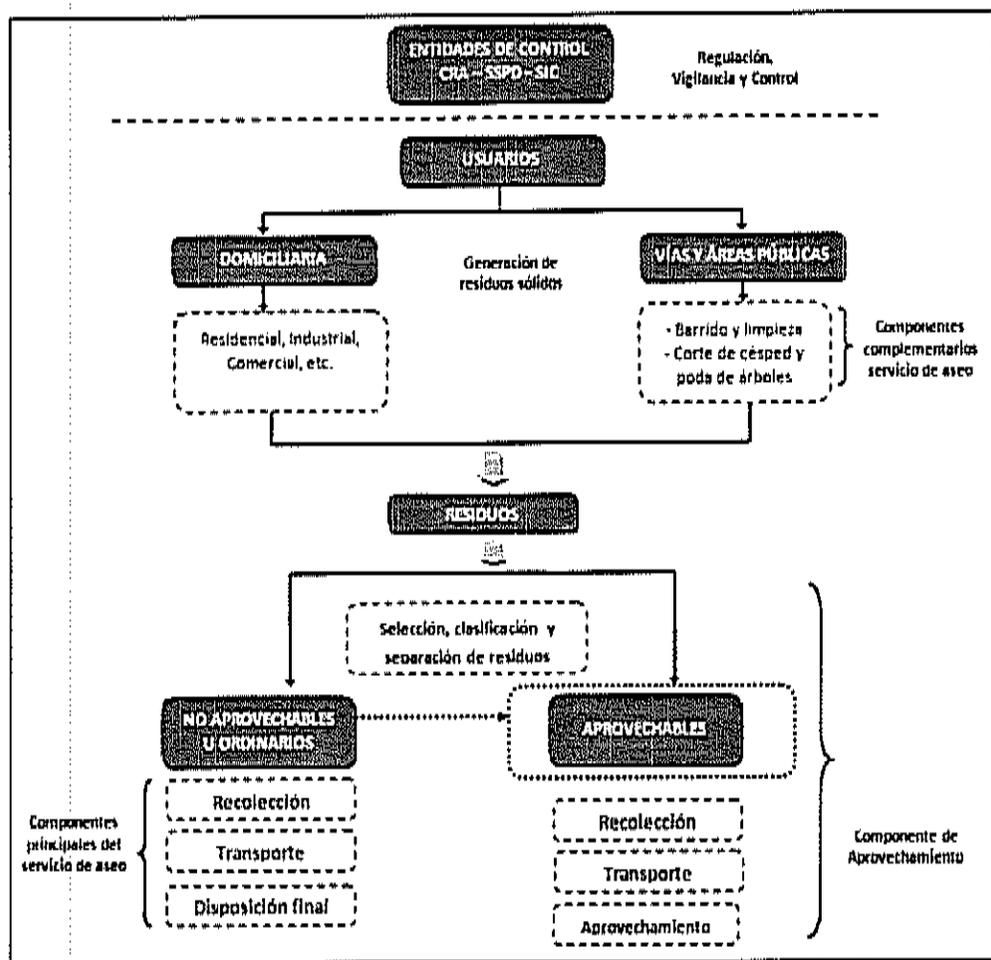
"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

natural del residuo o desperdicio⁴⁹. En razón a ello, el servicio final consiste en garantizarle la posibilidad de deshacerse de tales residuos o desperdicios, a través de su adecuada disposición y generando el menor impacto ambiental⁵⁰.

Gráfica No.1. Esquema de prestación del servicio de aseo en Colombia



Fuente: Elaboración SIC.

Los residuos sólidos ordinarios (aquellos provenientes de los servicios de aseo, barrido⁵¹ y corte de césped⁵² de vías y áreas públicas) generados por los usuarios del

⁴⁹ El Decreto 1713 de 2002, define el residuo sólido o desecho como cualquier objeto, material, sustancia o elemento sólido resultante del consumo o uso de un bien en actividades domésticas, industriales, comerciales, institucionales, de servicios, que el generador abandona, rechaza o entrega y que es susceptible de aprovechamiento o transformación en un nuevo bien, con valor económico o de disposición final.

⁵⁰ CRA – SSPD, "Análisis de la competencia en la prestación del servicio público de aseo". Revista Regulación No. 13. Bogotá, 2007. Pág.13.

⁵¹ Es el conjunto de actividades tendientes a dejar las áreas públicas libres de todo residuo sólido esparcido o acumulado. Puede ser manual o mecánica, de acuerdo con la infraestructura urbana. El servicio de barrido y limpieza manual corresponde a la labor realizada mediante el uso de fuerza humana y elementos manuales. Por su parte, el barrido y limpieza mecánico comprende la labor realizada

W

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

servicio a nivel domiciliario (residencial, industrial y comercial), en vías y en áreas públicas, se dividen en dos categorías: aprovechables y no aprovechables⁵³.

En relación con los residuos no aprovechables, la cadena de prestación del servicio de aseo comprende las actividades principales de recolección, transporte y disposición final.

Respecto a los residuos aprovechables, debe tenerse en cuenta que el componente de aprovechamiento en el marco del servicio público domiciliario de aseo, corresponde al conjunto de actividades dirigidas a efectuar la recolección, transporte y separación (cuando hubiere lugar a ello) de residuos sólidos, que serán sometidos a procesos de reutilización, reciclaje o incineración, con fines de generación de energía, compostaje, lombricultura o cualquiera otra modalidad que conduzca a beneficios sanitarios, ambientales, sociales y/o económicos, en el marco de la Gestión Integral de los Residuos Sólidos⁵⁴. En ese sentido, el aprovechamiento constituye una alternativa de disposición final de los residuos sólidos.

En razón a lo anterior, se considera que si bien la actividad de aprovechamiento es contemplada como un componente complementario del servicio público de aseo, en realidad es un mercado distinto conformado por un conjunto de actividades independientes de los componentes principales de este servicio (recolección, transporte y disposición final de residuos especialmente no aprovechables).

En tal virtud, el componente de aprovechamiento puede ser desintegrado verticalmente y ser prestado por operadores distintos a los prestadores de la actividad principal o componentes principales. Igual situación ocurre con las actividades complementarias de barrido y limpieza de vías y áreas públicas, poda de árboles y corte de céspedes en vías y áreas públicas, así como con la operación del sitio de disposición final (Relleno Sanitario).

mediante el uso de equipos mecánicos, incluida la aspiración y/o el lavado de áreas públicas. Decreto 1713 de 2002.

⁵² Para el desarrollo de la actividad de corte de césped y poda de árboles en las vías y áreas públicas, se requiere de una herramienta especial distinta a la utilizada en general en el servicio de aseo. Esta actividad puede ser desarrollada por el operador del servicio o ser contratada.

⁵³ El Decreto 1713 de 2002 introduce el concepto de residuos sólidos aprovechables y no aprovechables. Los residuos aprovechables son definidos como cualquier material, objeto, sustancia o elemento sólido que no tiene valor de uso directo o indirecto para quien lo genere, pero que es susceptible de incorporación a un proceso productivo. Los residuos no aprovechables, por su parte, son definidos como todo material o sustancia sólida o semisólida de origen orgánico e inorgánico, putrescible o no, proveniente de actividades domésticas, industriales, comerciales, institucionales, de servicios, que no ofrece ninguna posibilidad de aprovechamiento, reutilización o reincorporación en un proceso productivo. Son residuos sólidos que no tienen ningún valor comercial y que requieren tratamiento y disposición final, por lo cual generan costos de disposición.

⁵⁴ Artículo 1 del Decreto 1505 de 2003.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

11.3.2.1. Cadena de prestación del servicio para residuos no aprovechables

La cadena de prestación del servicio de aseo está conformada por las actividades o componentes de recolección, transporte y disposición final. En ese sentido, los residuos sólidos acopiados y presentados por los usuarios para su recolección, bien sean aprovechables o no⁵⁵, son recolectados puerta a puerta por los dependientes de los operadores formales del servicio de aseo y transportados mediante la utilización de una flota de vehículos con características especiales, según la infraestructura urbana y el volumen a recolectar, lo cual, dicho sea de paso, es materia regulada.

Los residuos sólidos ordinarios son trasladados hasta el sitio de disposición final gracias a la utilización de estos vehículos, para darles el respectivo tratamiento mediante el aislamiento y confinamiento de los mismos en forma definitiva. Para esto, deben cumplirse los controles ambientales necesarios que garanticen que no se presenten daños o riesgos a la salud humana ni al medio ambiente, en lugares especialmente seleccionados y diseñados para ello, denominados Rellenos Sanitarios⁵⁶.

- Mercado conexo de disposición final

El componente de disposición final en Colombia ha sido identificado como otro mercado dentro del servicio de aseo en razón a que, en general, el operador del servicio de recolección y transporte no coincide con el operador del sitio de disposición final.

En este caso, los demandantes del servicio de disposición final son los prestadores del servicio público de aseo (es decir, recolectores y transportadores). El oferente de este servicio corresponde al operador del Relleno Sanitario, quien normalmente actúa como único oferente debido a los altos costos de inversión de largo plazo, los cuales están dados por la presencia de costos hundidos elevados que se derivan de los requerimientos técnicos para su adecuado manejo ambiental⁵⁷.

En efecto, la presencia de altos costos hundidos y las economías de escala de esta actividad, derivadas del uso de la infraestructura y equipos, generan barreras de entrada que otorgan un carácter de monopolio natural al desarrollo de esta actividad.

⁵⁵ Depende de una etapa previa de selección, clasificación y separación. Si esta etapa ha sido surtida se tratará de residuos especialmente no aprovechables u ordinarios. CRA. "Estudio de regulación tarifaria de aseo. Fase I". Diciembre de 2004.

⁵⁶ De acuerdo con el artículo 1 del Decreto 1713 de 2002, un Relleno Sanitario es definido como el lugar técnicamente seleccionado, diseñado y operado para la disposición final controlada de los residuos sólidos, sin causar peligro, daño o riesgo a la salud pública, minimizando y controlando los impactos ambientales y utilizando principios de Ingeniería, para la confinación y aislamiento de los residuos sólidos en un área mínima, con compactación de residuos, cobertura diaria de los mismos, control de gases y lixiviados y cobertura final.

⁵⁷ Entre otros requerimientos técnicos, se encuentran la maquinaria para cubrir los desechos (buldózer y compactadores) y la instalación de una base lo suficientemente impermeabilizada para impedir que los líquidos que salen de los residuos en descomposición (lixiviados) se filtren hacia las capas inferiores y contaminen los acuíferos. Adicionalmente, estos líquidos deben ser recogidos a través de tuberías perforadas que se encuentren en el interior del Relleno y que los envíen a una piscina de lixiviados para su posterior tratamiento.

UN

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

Ahora bien, a pesar de que el servicio de disposición final sea operado por una sola empresa, las autoridades ambientales, personas prestadoras o entidades territoriales no tienen la facultad de imponer restricciones injustificadas al acceso a los Rellenos Sanitarios⁵⁸. En razón a ello, el componente de disposición final se desarrolla en sitios de libre acceso a los prestadores del servicio de recolección y transporte de residuos⁵⁹.

Por otro lado, la relación de conexidad de este componente con las actividades de recolección y transporte es tal que la disposición final no tendría razón de ser sin la existencia de las actividades del mercado principal, esto es, la recolección y el transporte del aseo. A su vez, cualquier tipo de restricción a los sitios de disposición final dejaría sin efecto la esencia del mercado principal, en la medida en que no se podría atender la necesidad de los generadores de residuos de deshacerse de estos al no contar con un sitio para este fin.

De acuerdo con las cifras de la SSPD, se calcula que en Colombia, para el 2011, la cantidad de toneladas dispuestas por 1.098 municipios del territorio nacional generaba un promedio diario de 26.537 toneladas de residuos sólidos⁶⁰.

Con relación a los sistemas de disposición final de residuos sólidos utilizados en Colombia, se encuentran 268 sitios de disposición adecuados entre Rellenos Sanitarios y Plantas Integrales. El 79% de los municipios del país disponen sus residuos en sitios de disposición; el porcentaje restante, lo hacen en sitios inadecuados como botaderos a cielo abierto, enterramientos, cuerpos de agua y quemas⁶¹.

Los Rellenos Sanitarios de las principales ciudades del país tienen una vida útil entre 10 y 20 años, estimada de acuerdo a su capacidad promedio. Este aspecto es fundamental, pues permite entender que la oferta de este servicio es limitada y que, si se tiene en cuenta la distancia de estos sitios a la ciudad (considerando, además, los aspectos técnicos antes referidos), la posibilidad de sustitución de los prestadores de aseo se reduce, en general, a un solo sitio de disposición.

11.3.2.2. Cadena de prestación del servicio para residuos aprovechables

De acuerdo con la CRA, el aprovechamiento corresponde al proceso mediante el cual, a través de un manejo integral de los residuos sólidos, los materiales recuperados se reincorporan al ciclo económico y productivo en forma eficiente. Lo anterior se logra por medio de la reutilización, el reciclaje, la incineración con fines de generación de energía, el compostaje o cualquier otra modalidad que genere beneficios sanitarios, ambientales y/o económicos. En razón a lo anterior, únicamente son llevados al Relleno Sanitario aquellos residuos que definitivamente no tienen ninguna utilidad. Con las prácticas de

⁵⁸ Resolución No. 1390 de 2005 del MINISTERIO DE AMBIENTE, VIVIENDA Y DESARROLLO TERRITORIAL

⁵⁹ Artículo 101 de la Ley 1151 de 2007, reglamentado por el Decreto 2436 de 2008.

⁶⁰ SSPD (2011), "Situación de la disposición final de residuos sólidos en Colombia - Diagnóstico 2011". Ver: http://www.superservicios.gov.co/home/c/document_library/get_file?uuid=eef29b3e-9d73-4adb-8fdd-1e526981c01c&groupId=10122 (Fecha de consulta: enero 24 de 2014). Pág. 7.

⁶¹ *Ibidem*. Págs. 9 y 10.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

aprovechamiento o aumento de vida útil se busca reducir la cantidad de residuos sólidos que llegan a los Rellenos Sanitarios.

Ahora bien, la cadena de prestación del servicio de aseo en su componente de aprovechamiento está conformada por las siguientes actividades: (i) selección, clasificación y separación de residuos aprovechables dentro del conjunto de residuos sólidos; (ii) recolección; (iii) transporte, y (iv) aprovechamiento.

Antes de analizar cada una de las actividades de este componente, es importante mencionar que a pesar de que la normatividad referente a la Gestión Integral de Residuos Sólidos⁶² definió los parámetros para el desarrollo del componente de aprovechamiento dentro del servicio público de aseo, las iniciativas al respecto son muy incipientes en el país. En esa medida, las primeras etapas o actividades de este componente se caracterizan por ser desarrolladas por un mercado informal.

La primera actividad del componente de aprovechamiento corresponde a la selección, clasificación y separación de residuos sólidos entre aprovechables y no aprovechables. Puede ser desarrollada en la fuente directamente por los usuarios del servicio (hogares, industrias y comercio), en las áreas públicas donde han sido dispuestos por los usuarios para su recolección o en los centros de acopio hacia donde hayan sido transportados.

Debido a que la actividad de clasificación y separación de los residuos en la fuente no es habitual por parte de los usuarios residenciales, esta ha sido desarrollada especialmente, y de manera informal, por recicladores⁶³ independientes o pertenecientes a alguna organización, en las áreas públicas donde los usuarios han dispuesto los residuos para su recolección.

Cabe mencionar que esta actividad no es exhaustiva en razón a su informalidad. Es decir, un gran porcentaje de residuos aprovechables no son seleccionados sino que son llevados por los operadores formales a los sitios de disposición final, a pesar de su potencial reutilización.

Una vez seleccionados, los residuos aprovechables son recolectados y transportados mediante el uso de vehículos de tracción humana o animal y, en menor proporción, por algunos operadores formales que usan vehículos adecuados en algunas rutas selectivas. Estos residuos son conducidos a bodegas o centros de acopio, donde son organizados y destinados a plantas de reciclaje⁶⁴, plantas de compostaje y otras plantas de transformación.

⁶² Decreto 1713 de 2002, "Por el cual se reglamenta la Ley 142 de 1994, la Ley 632 de 2000 y la Ley 689 de 2001, en relación con la prestación del servicio público de aseo, y el Decreto Ley 2811 de 1974 y la Ley 99 de 1993 en relación con la Gestión Integral de Residuos Sólidos".

⁶³ Son recicladores las personas que desarrollan la actividad de separación, clasificación y recolección de residuos sólidos aprovechables y no a quienes efectivamente ejecutan las actividades de transformación y reutilización de los mismos.

⁶⁴ El Decreto 1713 de 2002 define el reciclaje como el proceso mediante el cual se aprovechan y transforman los residuos sólidos recuperados y se devuelve a los materiales su potencialidad de reincorporación como materia prima para la fabricación de nuevos productos. El reciclaje puede constar

W

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

Los procesos más significativos de aprovechamiento de los residuos sólidos son: (i) reciclaje de material (vidrio, papel, materiales plásticos, metales, etc.) y (ii) transformación de residuos orgánicos en *compost*⁶⁵.

Ahora bien, de conformidad con el Registro Único de Prestadores de la SSPD, en 2011, 269 empresas prestadoras del servicio público de aseo en Colombia reportaron que dentro de sus actividades prestaban el servicio de aprovechamiento. No obstante, esta información no es completa en la medida que la actividad de aprovechamiento es desarrollada especialmente por organizaciones que no se han formalizado como prestadores del servicio de aseo o por fundaciones y cooperativas que no reportan información sobre sus actividades.

11.3.2.3. Naturaleza económica del servicio de aseo

Las actividades o componentes que conforman el servicio público de aseo se caracterizan por presentar fallas de mercado, toda vez que, en general, ostentan el carácter de bienes públicos y generan externalidades positivas. Lo anterior significa que el libre juego de la demanda y la oferta en este mercado no garantiza la mejor asignación de los recursos. Estas fallas hacen que el mercado no sea perfectamente competitivo y afectan el efectivo acceso de los usuarios al servicio, por lo que el Estado juega un importante papel en la regulación del mismo.

En efecto, los componentes del servicio de aseo se consideran bienes públicos en la medida que, por un lado, son no rivales (es decir, el hecho de que un usuario acceda al servicio no impide que otro usuario se beneficie del mismo), y por el otro, son no excluyentes (es decir, una vez se ha prestado el servicio no es posible excluir a usuarios que no hayan pagado por el mismo). Así mismo, la prestación del servicio de aseo genera externalidades positivas, como el barrido de áreas públicas, la recolección de residuos y la provisión de un lugar adecuado para su disposición y tratamiento. De esta forma se les garantiza a los usuarios no solo la posibilidad de deshacerse de los residuos que han generado, sino la de contar un ambiente saludable.

De esta forma, el servicio de aseo no es objeto de corte por mora en el pago, como sí ocurre con los demás servicios. Lo anterior se explica por su carácter no excluible (pues si el servicio está disponible para una persona automáticamente lo está para los demás) y por el hecho de que el cobro de este servicio no sea individualizable, debido a los altos costos de medición de las unidades generadoras de residuos. A raíz de esta situación, los usuarios pueden verse tentados a actuar de manera oportunista, disponiendo clandestinamente las basuras sin incurrir en costo alguno (*Polizón o Free*

de varias etapas: procesos de tecnologías limpias, reconversión industrial, separación, recolección selectiva acopio, reutilización, transformación y comercialización.

⁶⁵ El *compost* corresponde a un producto obtenido al final de un proceso biológico de compostaje, en el que la materia orgánica es descompuesta por una gran cantidad de microorganismos. De esta forma, se genera un producto (*compost*) que posee un importante contenido de materia orgánica y nutrientes, por lo cual puede ser aprovechado como abono orgánico, por ejemplo. "Uso de *compost* en la producción de plantines de especies forestales". En: "Sistemas Forestales Integrados", Cuadernillo N° 4, Marzo de 2011.

W

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

Rider)⁶⁶. Cabe anotar que el servicio de aseo tampoco puede ser suspendido debido al impacto sobre la salubridad pública de su no provisión.

Así las cosas, por la mencionada imposibilidad de corte y suspensión, el Estado ha dispuesto que el cobro del servicio requiere que la facturación se realice de manera conjunta⁶⁷, es decir, atada con otros servicios susceptibles de suspensión.

Por otro lado, a diferencia de otros servicios públicos, el servicio público de aseo no requiere la construcción de redes físicas específicas para su prestación. Este servicio opera sobre las vías públicas que son provistas por el Estado y, en consecuencia, se caracteriza por no presentar costos hundidos significativos⁶⁸, lo cual le otorga mayor posibilidad de contestabilidad al mercado o potencial competencia. Como se observa a continuación, solo se dan las condiciones para que surja un monopolio natural en el componente de disposición final, mientras que en los componentes restantes la competencia es posible.

A continuación se enuncian algunas características económicas para algunos componentes del servicio de aseo:

a) Recolección y Transporte

Consiste básicamente en un servicio de transporte de los residuos que, en general, los usuarios disponen frente a sus domicilios. Los elementos característicos de este componente son los siguientes:

- Es un bien semipúblico, por su rivalidad en el consumo e imposibilidad de exclusión a costo razonable⁶⁹.
- Tiene economías de densidad, en la medida en que resulta más eficiente que un único operador recoja los residuos de dos usuarios contiguos a que estos sean atendidos por un operador diferente.
- Tiene bajos costos hundidos recuperables en plazos cortos.
- No tiene almacenabilidad, lo que hace referencia a que el transportador no obtiene economías importantes al usar los equipos sin plena capacidad, y dicha capacidad excedentaria no se puede utilizar para demandas futuras⁷⁰.

⁶⁶ "Un polizón es una persona que recibe el beneficio del bien pero no paga por él". MANKIW, Gregory. "Principios de economía". Thompson, 2009. Pág. 228.

⁶⁷ Facturación conjunta corresponde al conjunto de actividades tendientes a garantizar el recaudo de pagos por la prestación de los servicios de saneamiento básico y, consecuentemente, la continuidad de los mismos.

⁶⁸ DÍAZ RODRÍGUEZ, Carlos. "Fundamentos económicos del servicio público domiciliario de aseo. Análisis de caso costos, rentas monopólicas y beneficios en la prestación del servicio de aseo en Bogotá, periodo 1994-2002". Universidad Nacional. Facultad de Ciencias Económicas. Maestría en Ciencias Económicas, 2002. Pág. 2.

⁶⁹ *Ibidem*. Pág. 4.

RESOLUCIÓN NÚMERO - 2 5 0 3 6 DE 2014 Hoja No. 47

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

b) Barrido y Limpieza

En este componente, los desechos no son generados necesariamente por el residente frente a una vía y sus beneficios recaen sobre los transeúntes⁷¹. Sus características son las siguientes:

- Es un bien público puro, al ser no rival y no excluible. El servicio es no rival, pues el hecho de que un usuario se beneficie de una vía a la que se le ha prestado el servicio de barrido y limpieza no impide que otro usuario se beneficie del uso de la misma.
- Imposibilidad de exclusión, por lo que una vez se presta el servicio de barrido y limpieza en una vía o calle se benefician todos los usuarios que transitan por ella.
- Tiene costos hundidos inexistentes, por baja inversión para su prestación.
- Tiene economías de densidad, por resultar más eficiente que un solo operador realice el barrido y limpieza en una vía a que lo hagan dos o más.

c) Disposición Final

Para esta fase del servicio, el usuario solo cuenta con las alternativas para disposición en sitios que tengan una vida útil derivada de las características de los terrenos y la normatividad ambiental. Por lo tanto, sus características son:

- Es un bien semipúblico, porque todos los operadores deben usar el mismo sitio aunque en el mismo exista posibilidad de exclusión y rivalidad⁷².
- Presenta costos hundidos significativos, resultado de las sustanciales inversiones que se requieren para su establecimiento y operación.
- Cuenta con economías de escala, producto del uso de la infraestructura y equipos.
- Es un monopolio natural, por las barreras a la entrada que se generan por los costos hundidos, las economías de escala y los requisitos ambientales y técnicos⁷³.

⁷⁰ CRA (2006). "Metodología de costos y tarifas para el Servicio Público de aseo". Soportes técnicos del nuevo marco regulatorio para el Servicio Público Domiciliario de Aseo, Resoluciones 351 y 352 de 2005. Ver: <http://www.cra.gov.co/apc-aa-files/32383933383036613231636236623336/Revista11.pdf>. (Fecha de consulta: enero 24 de 2014). Pág. 9.

⁷¹ DÍAZ RODRÍGUEZ, Carlos. *Ob. Cit.* Pág. 4.

⁷² *Ibidem.*

⁷³ *Ibidem.*

FW

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

11.3.3. Mercado afectado

Con base en el acervo probatorio que reposa en el Expediente y la descripción de mercados afectados presentada en el Informe Motivado, este Despacho está de acuerdo con que, en general, las conductas anticompetitivas desplegadas por los investigados afectaron el funcionamiento del servicio público de aseo en Bogotá en su conjunto. No obstante, en particular se identificó que resultaron distorsionados dos mercados diferentes en la prestación de este servicio: (i) el mercado que comprende los componentes de recolección y transporte de residuos sólidos, barrido y limpieza de áreas y vías públicas, corte de céspedes y poda de árboles, y transporte de los residuos al sitio de disposición final, el que en adelante se denominará genéricamente como "mercado de la prestación del servicio público de aseo en Bogotá"; y (ii) el mercado de disposición final de residuos en Bogotá.

Cabe mencionar que en la presente sección se exponen las características y el funcionamiento de los dos mercados afectados hasta el 17 de diciembre de 2012, fecha en la que finalizaron los contratos de concesión de los prestadores y se pusieron en evidencia las conductas anticompetitivas que afectaron el funcionamiento y la estructura de los dos mercados señalados.

11.3.3.1. Servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá

Previo al estudio de la estructura de oferta y demanda en este mercado, resulta de gran relevancia reiterar que de conformidad con lo establecido en el artículo 40 de la Ley 142 de 1994, una vez finalizados los contratos de concesión bajo el esquema de ASE el 15 de septiembre de 2011, el mercado de la prestación del servicio público de aseo en Bogotá debió operar bajo el esquema de libre competencia pura y simple. En efecto, al existir competidores dispuestos a prestar el servicio de aseo en Bogotá a 17 de diciembre de 2012, y ausentes contratos celebrados con ASEs asignadas por licitación, o estudios de la SSPD en los que se estableciera que la prestación directa y exclusiva por parte del Distrito era el método de prestación más eficiente en Bogotá, era claro, según el artículo 6 de la Ley 142 de 1994, que cualquier competidor podía entrar a prestar el servicio de aseo en igualdad de condiciones y bajo un esquema de libertad de competencia.

a) Oferta

En el mercado de la prestación del servicio público de aseo en Bogotá, durante el periodo comprendido entre el 15 de julio de 2003 y el 17 de diciembre de 2012⁷⁴, participaron cuatro prestadores directos⁷⁵, los cuales se relacionan en el Cuadro No. 1.

⁷⁴ Se hace referencia al 17 de diciembre de 2012 como la fecha de finalización de los cuatro contratos de concesión celebrados entre los prestadores y la UAESP. Sin embargo, es importante aclarar que a diferencia de los otros tres prestadores, el contrato de ATESA finalizó efectivamente el 22 de diciembre de 2012.

⁷⁵ El prestador directo corresponde al agente que efectivamente participa en el mercado, que tiene la relación jurídica con el usuario mediante un contrato de condiciones uniformes, calcula y establece las tarifas del servicio, responde por las peticiones, quejas y reclamos de los usuarios. Un prestador que en general tiene una relación directa con sus usuarios.

W

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

**Cuadro No. 1. Prestadores del servicio de aseo en Bogotá
(15 de julio de 2003 a 17 de diciembre de 2012)**

| PRESTADOR | |
|-----------|---------------|
| 1 | LIME |
| 2 | ATESA |
| 3 | ASEO CAPITAL |
| 4 | CIUDAD LIMPIA |

Fuente: Elaboración SIC con base en información suministrada por la SSPD⁷⁶.

Resulta de gran importancia destacar que durante el periodo comprendido entre el 15 de julio de 2003 y el 15 de septiembre de 2011, el esquema bajo el cual operaba el servicio público de aseo en Bogotá era el de competencia a través de ASE. En efecto, durante el proceso de licitación pública 001 de 2002 adelantado por la UESP (hoy UAESP) los prestadores "compitieron por el mercado" de prestación del servicio público de aseo en Bogotá, el cual había sido dividido en seis (6) ASE.

En el Cuadro No. 2 se relacionan las localidades que conformaban cada una de las ASE mencionadas:

Cuadro No. 2. ASE para la prestación del servicio público de aseo en Bogotá

| ASE | Localidades |
|-----|---|
| 1 | - Usaquén - Suba |
| 2 | - Engativá - Fontibón |
| 3 | - Barrios Unidos - Teusaquillo - Santafé - Chapinero - Candelaria - Mártires |
| 4 | - Puente Aranda - Tunjuelito - Ciudad Bolívar |
| 5 | - Antonio Nariño - San Cristóbal - Rafael Uribe - Usme |
| 6 | - Kennedy - Bosa |

Fuente: Elaboración SIC con base en información suministrada por la UAESP⁷⁷.

Ahora bien, como se observa en la Imagen No. 1, LIME resultó adjudicataria de las ASE 1 y 5, ATESA de la ASE 2, ASEO CAPITAL de las ASE 3 y 4, y CIUDAD LIMPA de la ASE 6. De esta manera, de las diecinueve (19) localidades que conformaban las seis (6) ASE en las que fue dividida Bogotá para la provisión del servicio público de aseo,

⁷⁶ Folio 5835 del Cuaderno Público No. 28 del Expediente.

⁷⁷ Folio 6336 del Cuaderno Público No. 30 del Expediente.

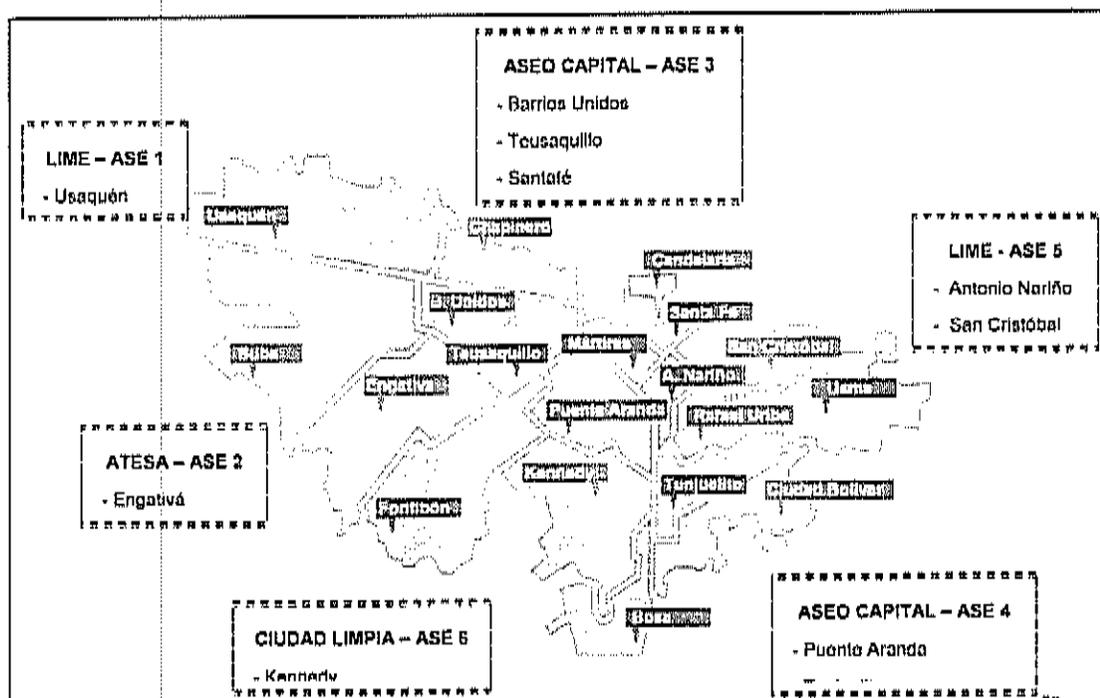
"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

LIME obtuvo la concesión para prestar el servicio en seis (6) de ellas; ATESA y CIUDAD LIMPIA en dos (2) cada una, y ASEO CAPITAL en nueve (9).

Imagen No. 1. Áreas del servicio exclusivo en la ciudad de Bogotá por prestador



Fuente: Elaboración SIC con base en información suministrada por la UAESP⁷⁸.

Cuadro No. 3. Áreas adjudicadas a los prestadores bajo el esquema de ASE

| Operador | Zona | ASE | No. Localidades atendidas |
|---------------|---------------------------------|-------|---------------------------|
| LIME | Sur y norte | 1 y 5 | 6 |
| ATESA | Noroccidente | 2 | 2 |
| ASEO CAPITAL | Oriente y parte de Noroccidente | 3 y 4 | 9 |
| CIUDAD LIMPIA | Suroccidente | 6 | 2 |

Fuente: Elaboración SIC con base en información suministrada por la UAESP⁷⁹.

Así las cosas, en el mercado de la prestación del servicio público de aseo en Bogotá, hasta el 15 de septiembre de 2011, el servicio fue provisto de manera exclusiva por cuatro prestadores directos, los cuales cubrían el 100% de la ciudad y del servicio.

Ahora bien, el 16 de septiembre de 2011 la UAESP y los cuatro prestadores privados suscribieron contratos de concesión para la prestación del servicio público de aseo en Bogotá. Sin embargo, como se mencionó anteriormente, estos contratos se firmaron en virtud de la urgencia manifiesta declarada por la UAESP y no como resultado de un proceso de licitación para la adjudicación de ASE.

⁷⁸ *Ibidem.*

⁷⁹ *Ibidem.*

W

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

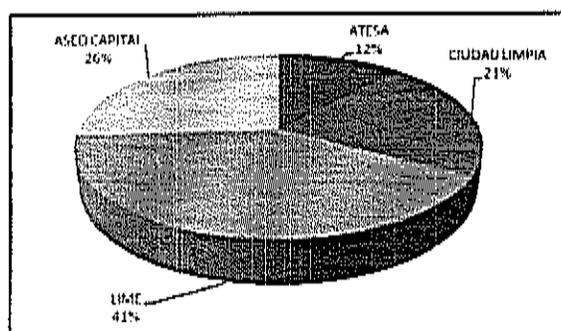
VERSIÓN ÚNICA

En tal virtud, a partir del 16 de septiembre de 2011 y hasta la fecha, el esquema bajo el cual se encuentra operando el mercado de la prestación del servicio público de aseo en Bogotá es el de libre competencia pura y simple, el cual, conforme a la regulación de la Ley 142 de 1994, es el que rige en aquellos casos en que no hay ASE aprobadas por la CRA o cuando no se cumplen los requerimientos para que el municipio preste directamente el servicio. Así, desde el 16 de septiembre de 2011, cualquier prestador interesado en participar de este mercado contaba con la libertad de hacerlo sin restricción alguna, siempre que cumpliera con los requisitos señalados en la normatividad sobre servicios públicos domiciliarios.

No obstante lo anterior, durante el periodo comprendido entre el 16 de septiembre de 2011 y el 18 de diciembre de 2012, no ingresaron al mercado de la prestación del servicio público de aseo de Bogotá nuevos prestadores, por lo que finalizando ese periodo participaban en el mercado los cuatro prestadores que venían prestando el servicio desde el año 2003, conservando las zonas que les habían sido adjudicadas a través de la licitación de 2002 y que les fueron asignadas como Áreas de Prestación de Servicio⁸⁰ (en adelante "APS") en los contratos de concesión celebrados en 2011 bajo el esquema de libre competencia.

A continuación, se muestra la cuota de participación de cada prestador a 18 de diciembre de 2012 según el número de suscriptores, entendiendo por estos últimos, la persona natural o jurídica titular del inmueble a quien se le factura el servicio (Gráfica No. 2).

Gráfica No. 2. Cuota de participación según el número de suscriptores por cada prestador (18 de diciembre 2012)



Fuente: Elaboración SIC con base en Información suministrada por la SSPD⁸¹.

Como se muestra en la Gráfica No. 2, a 18 de diciembre de 2012, los prestadores con el mayor número de suscriptores eran LIME y ASEO CAPITAL, concentrando en conjunto aproximadamente el 67% del total. Por su parte, CIUDAD LIMPIA y ATESA participaban con 21% y 12%, respectivamente.

⁸⁰ Área de prestación de servicio. Corresponde a la zona geográfica debidamente delimitada donde la E.S.P. ofrece y presta el servicio de aseo. Artículo 4. Resolución CRA 351 de 2005.

⁸¹ Folio 5835 del Cuaderno Público No. 28 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

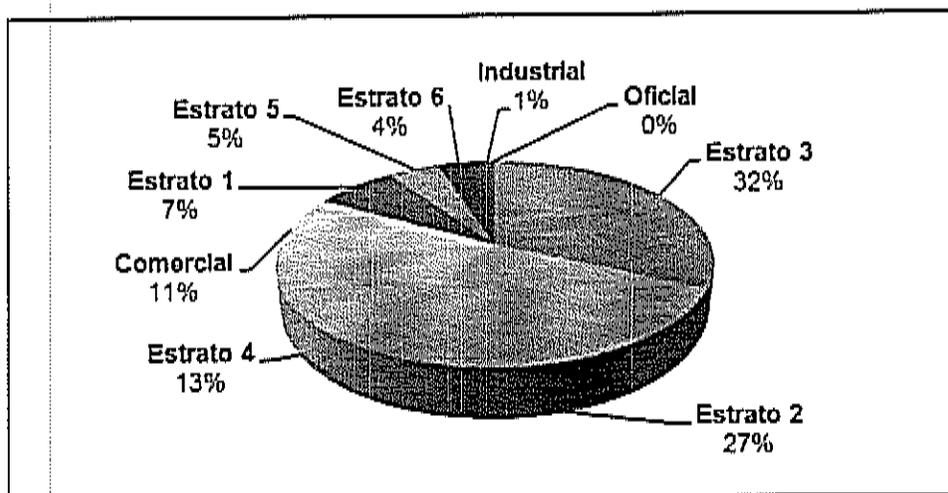
Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

b) Demanda

El número de suscriptores del servicio público de aseo en Bogotá, según estrato socioeconómico y actividad económica, puede observarse en la Gráfica No. 3. De acuerdo con esta, el mayor número de suscriptores se concentra en los estratos 2 y 3. Así las cosas, alrededor del 66% de los suscriptores lo conforman los estratos de baja capacidad de pago, sujetos a subsidios por el servicio. De otra parte, el 34% restante está compuesto por los estratos 4, 5 y 6, y las actividades comercial, industrial y oficial.

Gráfica No. 3. Número de suscriptores en el servicio de aseo en Bogotá por estrato (Diciembre de 2012)



Fuente: Elaboración SIC con base en información suministrada por la SSPD⁸².

11.3.3.1.1. Mercado de disposición final de los residuos sólidos en Bogotá

El componente o actividad de disposición final de residuos en Bogotá constituye otro mercado dentro de la prestación del servicio público de aseo en razón a que, en este caso, los demandantes del servicio no son directamente los usuarios finales sino los prestadores del servicio de recolección y transporte de los residuos, mientras que la oferta se encuentra a cargo del operador del sitio de disposición final o Relleno Sanitario.

a) Oferta

En el mercado de disposición final de residuos sólidos en Bogotá, el CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA ostenta la calidad de único oferente en el manejo del sitio de disposición final, RELLENO SANITARIO DOÑA JUANA, el cual le fue concesionado por la UAESP a ese operador mediante el contrato de concesión No. 344 del 24 de septiembre de 2010, donde se acordó la operación, administración y manejo del RELLENO SANITARIO DOÑA JUANA, en sus componentes de disposición final de residuos sólidos y tratamiento de lixiviados, con alternativas de

⁸² Folio 5835 del Cuaderno Público No. 28 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

aprovechamiento de los residuos que ingresen al relleno. En el numeral 2 de la cláusula tercera referente a las obligaciones específicas se establece lo siguiente:

"(...) 2. Recibir los residuos sólidos provenientes de terceros señalados a continuación en los plazos establecidos por la UAESP: a) los municipios o empresas que autorice la UAESP; b) los municipios o empresas que exijan las autoridades competentes; c) otros municipios cuando no exista justificación para imponer restricciones al acceso al RSDJ [RELLENO SANITARIO DOÑA JUANA], de acuerdo con la normatividad vigente.

(...)^{83a}. (Subrayas y negrilla fuera del texto original).

De esta manera, se adjudicó al CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA el monopolio de la operación, administración y manejo del sitio de disposición final de Bogotá, cuya concesión se estableció hasta cuando se haya copado la capacidad de disposición de residuos sólidos del área licenciada⁸⁴.

b) Demanda

La demanda del servicio de disposición final de residuos sólidos en Bogotá estaba conformada, hasta el 18 de diciembre de 2012, por los prestadores del servicio de recolección y transporte de residuos sólidos, a saber: LIME, ATESA, ASEO CAPITAL y CIUDAD LIMPIA.

Cabe resaltar que este servicio reviste un papel fundamental como componente del servicio público de aseo y como mercado conexo a los otros componentes de recolección y transporte de residuos sólidos, toda vez que si los prestadores no cuentan con un sitio dónde disponer los residuos recolectados, no solo se ven impedidos a desarrollar su actividad económica, sino que se pone en riesgo la salud pública.

11.3.4. Conclusiones sobre la estructura del mercado y regulación del mismo

- El servicio público domiciliario de aseo comprende la recolección de residuos sólidos, transporte, transferencia, tratamiento, aprovechamiento y su disposición final, junto con otras actividades, entre las que se encuentran barrido y limpieza de vías y áreas públicas, el corte de césped y poda de árboles ubicados en estas áreas, lavado de las mismas, y la recolección, transporte, tratamiento y disposición final de los residuos sólidos originados por estas actividades.
- Las actividades de aprovechamiento y disposición final de residuos sólidos son contempladas como componentes separables dentro de la cadena del servicio público de aseo, y dan lugar a mercados distintos. En tal virtud, el componente de aprovechamiento puede ser desintegrado verticalmente y ser prestado por operadores distintos a los prestadores de los componentes principales, al igual que ocurre con la operación del sitio de disposición final (Relleno Sanitario).

⁸³ Reverso del folio 2056 del Cuaderno No. 10 del Expediente.

⁸⁴ Folio 2071 del Cuaderno Público No. 10 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

- Conforme a lo establecido en los artículos 9 y 10 de la Ley 142 de 1994, la regla general en la prestación de servicios públicos domiciliarios como el de aseo, corresponde a la libre competencia en el mercado, donde los operadores compiten simultáneamente por los usuarios. De otra parte y de manera excepcional, a solicitud del municipio y previa autorización de la CRA, la ley permite la conformación de ASE, en donde los operadores compiten por una fracción del mercado, es decir, para prestar el servicio de forma exclusiva en una de las áreas geográficas ofrecidas; se trata de una libre competencia por el mercado. En cualquiera de los dos esquemas la libre competencia se ve garantizada.
- El principio general en materia de servicios públicos en Colombia es la promoción de la competencia, la creación de mercados competitivos y la libertad de empresa. No obstante, existe una situación excepcionalísima, que corresponde a la prestación directa del servicio público de aseo por parte de los municipios, derivada del efectivo y estricto cumplimiento de unas condiciones especiales que están plenamente determinadas por el artículo 6 de la Ley 142 de 1994.
- Las conductas anticompetitivas desplegadas por los investigados habrían afectado la prestación del servicio público de aseo en Bogotá en su conjunto. No obstante, se identificó que específicamente habrían resultado distorsionados dos mercados diferentes en la prestación de este servicio: (i) el mercado que comprende los componentes de recolección y transporte de residuos sólidos, barrido y limpieza de áreas y vías públicas, corte de céspedes y poda de árboles, y transporte de los residuos al sitio de disposición final en Bogotá; y (ii) el mercado de disposición final de residuos en Bogotá.
- En el mercado de la prestación del servicio público de aseo en Bogotá, hasta el 15 de septiembre de 2011, el servicio fue provisto de manera exclusiva por cuatro prestadores directos (LIME, ASEO CAPITAL, ATESA y CIUDAD LIMPIA), adjudicatarios de las ASE mediante un proceso de licitación realizado en 2002, los cuales cubrían el 100% del servicio. A partir del 16 de septiembre de 2011 y hasta la fecha, el esquema bajo el cual se encuentra operando el mercado de la prestación del servicio público de aseo en Bogotá es el de libre competencia pura y simple en el mercado, teniendo en cuenta que no se llevó a cabo ningún tipo de procedimiento legal conforme a la Ley 142 de 1994 para establecer otro tipo de esquema de prestación del servicio.

El mercado de disposición final de residuos sólidos se caracteriza por funcionar como un monopolio natural en razón a la existencia de significativos costos hundidos y economías de escala. En efecto, el RELLENO SANITARIO DOÑA JUANA de Bogotá es operado por un único oferente, el CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA, encargado de recibir los residuos sólidos que han sido recolectados y transportados por los usuarios de ese servicio, estos son, los prestadores del servicio público de aseo en Bogotá, quienes hasta el 18 de diciembre de 2012 eran LIME, ASEO CAPITAL, ATESA y CIUDAD LIMPIA. Sin embargo, como se verá más adelante, quien controla el acceso al Relleno Sanitario es la UAESP en virtud de una disposición contractual.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

11.3.5. Las conductas anticompetitivas

Antes de describir las conductas anticompetitivas que se reprochan a los investigados, resulta necesario describir de manera general los antecedentes históricos de la prestación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá que desencadenaron en las circunstancias y sucesos que dieron origen a la presente investigación.

11.3.5.1. Antecedentes de la prestación del servicio público de aseo en Bogotá

La EMPRESA DISTRITAL DE SERVICIOS PÚBLICOS (en adelante "EDIS") prestó el servicio de aseo en la ciudad desde el año 1958 hasta 1989, fecha a partir de la cual se inició la subcontratación del servicio con operadores privados como consecuencia de una deficiente gestión administrativa y del crecimiento poblacional de Bogotá. A inicios de los noventa el servicio de recolección era prestado por cuatro empresas: LIME, ASEO CAPITAL, CIUDAD LIMPIA y la EDIS, quien tenía el mayor número de suscriptores.

En el año 1993, dada la crisis financiera y operativa que enfrentó la EDIS, el Alcalde de la ciudad recibió facultades para liquidar esta empresa y contratar el servicio por medio de un sistema de concesión. Este hecho dio paso a la creación mediante el Decreto Distrital No. 782 de 1994 de la UNIDAD EJECUTIVA DE SERVICIOS PÚBLICOS (en adelante "UESP"), constituida como una entidad dependiente del Despacho del Alcalde Mayor de Bogotá, cuyo objeto consistía en la planeación, coordinación, supervisión y control de la prestación de los servicios de barrido, recolección, transferencia, disposición final de residuos sólidos, limpieza de áreas públicas, cementerios, hornos crematorios y plazas de mercado.

En 1994 el Alcalde declaró la urgencia manifiesta con el propósito de iniciar el proceso de contratación que permitiera asegurar la prestación del servicio de aseo en las siete zonas en las que se dividió la ciudad. Como resultado de este proceso, cuatro empresas -CIUDAD LIMPIA, LIME, ASEO CAPITAL y CORPOASEO TOTAL- suscribieron contratos de concesión con el Distrito para las actividades de recolección y transporte de residuos sólidos de origen residencial y el barrido y limpieza de vías y calles. Estos contratos fueron prorrogados inicialmente hasta 1999 y posteriormente hasta el año 2002. Dentro de las prórrogas negociadas se incorporó el concepto de área limpia y se incluyó en la prestación del servicio la obligación de realizar las actividades de corte de césped de áreas verdes, sin modificar las tarifas del servicio.

Posteriormente, y ante la verificación de motivos para la suscripción de contratos del Distrito Capital en la prestación del servicio de aseo decidida por la CRA mediante la Resolución No. 235 del 7 de noviembre de 2002⁸⁵, se aprobó incorporar seis ASEs en los contratos de concesión que firmaría el Distrito Capital para la prestación del servicio público de aseo. Así bien, se suscribieron contratos con los operadores LIME, ATESA, ASEO CAPITAL y CIUDAD LIMPIA por un periodo de siete años a partir del 2003, los

⁸⁵ Esta verificación de motivos es la señalada por el artículo 40 de la Ley 142 de 1994 y por el numeral 2.3 del artículo 2 del Decreto 891 de mayo 7 de 2002; este último decreto reglamentó el artículo 9 de la Ley 632 de 2000. De igual forma, la Resolución CRA 151 de 2001 señaló las condiciones para la verificación de motivos que permitían la inclusión de las ASE.

RESOLUCIÓN NÚMERO 25036 DE 2014 Hoja No. 56

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

cuales fueron ampliados un año más hasta el 15 de septiembre del 2011, una vez se determinara la conveniencia de la prórroga por parte del DISTRITO y se contara con la autorización de la CRA respecto de las ASE⁸⁶.

En este punto, resulta de gran relevancia mencionar que el 20 de agosto de 2003, mediante Sentencia T-724 de 2003, la Corte Constitucional, con ocasión de la acción de tutela interpuesta por SILVIO RUÍZ GRISALES y la ASOCIACIÓN DE RECICLADORES DE BOGOTÁ (en adelante "ARB") contra el DISTRITO CAPITAL y la entonces UESP, resolvió:

"Primero.- DECLARAR carencia actual de objeto por hecho superado en la acción de tutela impetrada por SILVIO RUIZ GRISALES y la Asociación de Recicladores de Bogotá - ARB, representada legalmente por NOHORA PADILLA HERRERA, contra el Distrito Capital - UESP.

(...)

En su lugar CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y al trabajo de los actores. Con base en los argumentos expuestos, abstenerse de impartir orden para proteger los derechos invocados como vulnerados, como quiera que se está en presencia de un hecho superado al momento de proferir la presente providencia.

Tercero.- PREVENIR en los términos del artículo 24 del Decreto 2591 de 1991, a la Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos del Distrito Capital de Bogotá o a la entidad del Distrito que haga sus veces, para que en futuras ocasiones incluya acciones afirmativas a favor de los recicladores de Bogotá, cuando se trate de la contratación de servicios públicos de aseo, debido a que la actividad que ellos desarrollan está ligada con dicho servicio, a fin de lograr condiciones reales de igualdad y de dar cumplimiento a los deberes sociales del Estado, y que por ningún motivo vuelva a reincidir en las omisiones en que incurrió en la Licitación No. 01 de 2002, respecto de los recicladores de Bogotá.

(...)"

Posteriormente, la Corte Constitucional mediante el Auto 268 de julio 30 de 2010 resolvió lo siguiente con relación a las órdenes impartidas a la UAESP⁸⁷ en la sentencia T-724 de 2003:

"PRIMERO.- DECLARAR EL INCUMPLIMIENTO por parte de la UAESP de las órdenes conferidas en la sentencia T-724/03.

SEGUNDO.- ORDENAR a la UAESP, que en el término perentorio de tres (3) días, contados a partir de la notificación de esta providencia, expida una nueva Adenda donde se modifiquen las condiciones de la Licitación 01 de 2010, en el sentido de incluir como

⁸⁶ Cláusula Quinta de los contratos de concesión suscritos entre el Distrito y los operadores en el año de 2003. Folios 834 del Cuaderno Público No. 4 y 1097 del Cuaderno Público No. 6 del Expediente.

⁸⁷ Mediante Acuerdo No. 257 de 2006 del Concejo de Bogotá, se llevó a cabo una reestructuración de las entidades pertenecientes al DISTRITO. A partir de ese proceso de reestructuración, la UESP se transformó en la UAESP, entidad ahora adscrita a la SECRETARÍA DISTRITAL DE HÁBITAT del Distrito Capital.

RESOLUCIÓN NÚMERO 2 5 0 3 6 DE 2014 Hoja No. 57

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

requisito habilitante que los proponentes se presenten conformados con una organización de segundo nivel de recicladores de Bogotá. Así mismo, deberá modificar el Pliego de condiciones incluyendo dos nuevos criterios de calificación. El primero de ellos concerniente a la participación accionaria de la organización de segundo nivel dentro del proponente y el segundo relativo a la magnitud de residuos sólidos a aprovechar dentro del proyecto de aprovechamiento, haciendo especial énfasis en la cantidad de mano de obra que se empleará. En cuanto a la fórmula matemática para calificar las diferentes ofertas, la UAESP podrá determinarla según las necesidades de la licitación, pero en todo caso deberá emplear la totalidad de los criterios - tanto habilitantes como de calificación - contemplados en esta providencia.

TERCERO.- INFORMARLE a los proponentes que cuentan con siete (7) días hábiles, contados a partir de la expedición de la nueva adenda, para modificar sus ofertas - si así lo desean - conforme a lo señalado en el numeral segundo de la parte resolutive de este Auto. En caso de no modificar lo atinente a los criterios habilitantes, deberán ser excluidos por la UAESP.

CUARTO.- PREVENIR a la UAESP que deberá incluir los criterios señalados en el presente Auto en futuros contratos que desarrollen las órdenes conferidas en la sentencia T-724 de 2003.

(...)"

No obstante lo anterior, en respuesta a una nueva solicitud de la UAESP, mediante la Resolución No. 541 de febrero 9 de 2011, la CRA resolvió favorablemente *"la solicitud de verificación de la existencia de motivos que permitan la inclusión de cláusulas de áreas de servicio exclusivo en los contratos de concesión que se suscriban para la prestación del servicio público de aseo en Bogotá, Distrito Capital"*.

En consecuencia, mediante Resolución No. 364 de 2011, la UAESP ordenó la apertura de la Licitación Pública No. 001 de 2011, con el fin de *"[c]oncesionar bajo la figura de áreas de servicio exclusivo, la prestación del servicio público domiciliario de aseo en la ciudad de Bogotá"*. La Resolución de Apertura fue sucedida por la publicación de pliegos de condiciones definitivos del 25 de mayo de 2011, así como por las demás etapas propias del proceso licitatorio.

Frente a lo anterior, la Corte Constitucional, mediante Auto No.183 del 18 de agosto de 2011, decretó como medida cautelar suspender la Licitación Pública No. 001 de 2011, en atención a un incidente de desacato derivado del incumplimiento de las órdenes impartidas en la Sentencia T-724 de 2003 y el Auto 268 de 2010.

Como consecuencia de lo anterior, la UAESP expidió la Resolución No. 522 del 18 de agosto de 2011, por medio de la cual se declaró la urgencia manifiesta y se ordenó *"[s]uspender la Licitación Pública 001 de 2011, en cumplimiento del Auto 183 del 18 de agosto de 2011, proferido por la Corte Constitucional"*.

A partir de la declaración de la urgencia manifiesta, la UAESP suscribió, en septiembre de 2011, contratos de concesión con CIUDAD LIMPIA, LIME, ATESA y ASEO CAPITAL (Contratos 157E, 158E, 159E y 160E).

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

Estos contratos fueron suscritos por un término de 6 meses, utilizando las mismas áreas en las cuales se prestó el servicio anteriormente. No obstante lo anterior, teniendo en cuenta que los contratos suscritos con la autorización de la CRA bajo las ASE definidas en 2002 expiraron, la prestación del servicio público de aseo en Bogotá pasó de un esquema de competencia bajo ASE a un esquema de libre competencia pura y simple.

Paralelo a estos hechos y como consecuencia del incumplimiento de lo dispuesto en la Sentencia T-724 de 2003, la Corte Constitucional, mediante Auto No. 275 del 19 de diciembre de 2011⁸⁸, señaló:

"Declaratoria de incumplimiento.

102. Por las razones expuestas a lo largo de esta providencia, la Sala Tercera de Revisión, en ejercicio de sus competencias legales y constitucionales, estima que existen elementos suficientes para declarar el incumplimiento por parte de UAESP de aquellas órdenes impartidas desde el año dos mil tres (2003), atinentes a la inclusión de acciones afirmativas materialmente efectivas en favor de la población de recicladores de Bogotá, cuando se trate de la contratación del servicio público de aseo, destinadas a reparar la afectación continuada a los derechos fundamentales de sujetos de especial protección constitucional.

103. Ahora bien, podría pensarse que las falencias anotadas del pliego de condiciones serían susceptibles de ser corregidas o modificadas sin necesidad de afectar el desarrollo normal de la licitación pública No. 001 de 2011. Sin embargo son varias las razones que impiden la corrección de los pliegos y la modificación de las ofertas sin dejar sin efecto el proceso de licitación:

(...)

RESUELVE

PRIMERO.- DECLARAR EL INCUMPLIMIENTO por parte de la UAESP de las órdenes conferidas en la sentencia T-724 de 2003 y de los criterios generales fijados en el Auto 268 de 2010.

SEGUNDO.- DEJAR SIN EFECTO la Licitación Pública No. 001 de 2011, así como todos los actos administrativos dictados con ocasión de dicho proceso.

TERCERO.- ORDENAR a la Alcaldía Mayor de Bogotá, a través de la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos (UAESP) -o la entidad que haga sus veces-, que **defina** un esquema de metas a cumplir en el corto plazo con destino a la formalización y regularización de la población de recicladores, que contenga acciones concretas, calificadas, medibles y verificables, el cual debe ser entregado a la Corte Constitucional, así como a la Procuraduría General de la Nación a más tardar el 31 de marzo del año 2012. Dicho Plan deberá definirse a partir de las órdenes previstas en los numerales 109 a 118 de esta providencia.

CUARTO.- ORDENAR a la Procuraduría General de la Nación que efectúe la labor de seguimiento al esquema de metas de corto plazo elaborado en favor de la población de

⁸⁸ Corte Constitucional, Auto 275 del 19 de diciembre de 2011. M.P.: Juan Carlos Henao Pérez.

RESOLUCIÓN NÚMERO - 2 5 0 3 6 _____ DE 2014 Hoja No. 59

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

recicladores por parte del Distrito e informe de su evolución y cumplimiento a la Corte Constitucional de manera trimestral.

QUINTO-. EXHORTAR a la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico (CRA) para que revise y defina parámetros generales para la prestación de los servicios de separación, reciclaje, tratamiento y aprovechamiento de residuos sólidos en los términos establecidos en el numeral 115 de esta providencia. La CRA remitirá un informe de los parámetros que hayan sido o vayan a ser fijados a la Corte Constitucional a más tardar dentro del primer trimestre del año dos mil doce (2012). La CRA deberá asegurarse de que tales parámetros se reflejen en la estructura tarifaria que por virtud de la ley debe ser fijada en el año dos mil doce (2012).

SEXTO-. EXHORTAR a la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico (CRA), para que acompañe y preste su colaboración al Distrito -a través de la UAESP o de la entidad que haga sus veces-, en la definición de la regulación especial a nivel distrital dirigida a la regularización de la población de recicladores en los componentes de separación, reciclaje, transformación y aprovechamiento de residuos, en los términos del numeral 116 de esta providencia.

SÉPTIMO-. ORDENAR, a la Alcaldía Mayor de Bogotá a través de la UAESP o de la entidad que haga su veces, que normalice en el menor tiempo posible la prestación del servicio público de aseo en sus componentes de recolección, transporte al sitio de disposición final, barrido, limpieza de vías, corte de césped y poda de árboles, a través del esquema que estime pertinente, atendiendo para el efecto las metas que sean fijadas por el Distrito para entrar a operar en el corto plazo en favor de la población de recicladores de la ciudad.

OCTAVO-. ORDENAR a la Secretaría General de esta Corporación que dé traslado, en los términos del numeral 113 de las órdenes concretas de esta providencia, a la Contraloría General de la República, Contraloría Distrital, Procuraduría General de la Nación y a la Fiscalía General de la Nación.

NOVENO-. ORDENAR a la Alcaldía Mayor de Bogotá a través de la UAESP o de la entidad que haga sus veces, por el mecanismo que estime pertinente, que actualice el censo de recicladores elaborado por la Universidad Javeriana.

(...)"

Al finalizar los seis meses de los contratos 157E, 158E, 159E y 160E, celebrados entre CIUDAD LIMPIA, LIME, ATESA y ASEO CAPITAL y la UAESP, las mencionadas partes, ante la imposibilidad de realizar un nuevo proceso licitatorio como consecuencia de lo ordenado en el Auto No. 275 de diciembre de 2011, y previa declaratoria de urgencia manifiesta por medio de la Resolución No. 065 del 8 de febrero de 2012, celebraron, el 7 de marzo de 2012 y por el término de 6 meses, los contratos Nos. 013, 014, 015 y 016 de 2012, cuyo objeto señalaba lo siguiente:

"(...)

Concesionar la prestación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá D.C., en sus componentes de recolección, barrido, limpieza de vías y áreas públicas, corte de césped, poda de árboles en áreas públicas y transporte de los residuos al sitio de disposición final y todas las actividades de orden financiero, comercial, técnico, operativo, educativo y administrativo que ello conlleva.

W

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

(...)⁸⁹.

El término de estos contratos fue prorrogado desde el 18 de septiembre de 2012 por tres meses más, es decir, hasta el 16 de diciembre de 2012.

A partir de la proximidad de la terminación de los contratos, el Distrito decidió iniciar acciones para implementar un nuevo esquema de prestación del servicio público de aseo en la ciudad. Para ello, en primer lugar, el 11 de octubre de 2012 la UAESP y la EAB suscribieron el Contrato Interadministrativo No. 017, en el cual se señaló que la EAB sería responsable de la gestión y operación del servicio de aseo en toda la ciudad, sin cláusulas de exclusividad. El contrato tenía por objeto:

"CLÁUSULA 1.-OBJETO: La gestión y operación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá D.C., en sus componentes de recolección, barrido, limpieza de vías y áreas públicas, corte de césped, poda de árboles en áreas públicas y transporte de los residuos al sitio de disposición final y todas las actividades de orden financiero, comercial, técnico, operativo, educativo y administrativo que ello conlleva.

Por el presente contrato el CONTRATISTA asume la prestación del servicio público de aseo, dando cumplimiento a las obligaciones señaladas en la cláusula 3 de este contrato, en toda la ciudad de Bogotá D.C., sin cláusulas de exclusividad.

*El servicio de recolección, barrido y limpieza de vías en áreas públicas y transporte de los residuos al sitio de disposición final en el Distrito Capital de Bogotá, **tendrá una cobertura del cien por ciento (100%)**, y se prestará a todos los usuarios y elementos del mobiliario urbano de las localidades que hacen parte de las mismas. (...)⁹⁰. (Negrilla fuera de texto)*

Como puede observarse, el área de ejecución del contrato era el 100% de Bogotá, cuestión que, como se verá más adelante, contradice de plano todas las afirmaciones realizadas por los investigados en el sentido de que el contrato no tenía por objeto que el Distrito asumiera el control total del servicio de aseo en Bogotá. No obstante, ante los hechos acaecidos el 16 y 17 de diciembre de 2012, donde se presentaron fallas en la prestación del servicio, el 17 de diciembre de 2012, mediante Otrosí No. 1, la cláusula No.1 del contrato fue modificada con la adición del siguiente párrafo:

(...)

PARÁGRAFO: En el evento en que la UAESP decida contratar con personas diferentes de la EAAB, actividades relacionadas con el servicio público de aseo y sus actividades complementarias en la ciudad de Bogotá, se entenderá para todos los efectos legales y contractuales, que tales actividades se sustraen del objeto del presente contrato, reduciendo de manera proporcional el 100% de la cobertura asignada al contratista, sin

⁸⁹ Folio 1146 al 1157 del Cuaderno Público No. 6 del Expediente, Folio 1431 del Cuaderno Reservado No. 4 del Expediente, Folio 1488 del Cuaderno Reservado No. 6 del Expediente. A pesar de haberse incluido esta información en cuaderno reservado, la misma, por su naturaleza, no debe ser considerada como tal.

⁹⁰ Folios 2671 a 2686 del Cuaderno Público No. 13 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

que para ello se requiera mayor formalidad que una comunicación de la UAESP, mediante la cual informe a la EAAB sobre el contrato celebrado, su alcance y la fecha a partir de la cual se dará inicio al mismo.

(...)⁹¹.

Si bien esta modificación sustrae las obligaciones de su objeto inicial, en la medida en que la UAESP contrataría con personas diferentes a la EAB, mediante Otrosí No. 3 al mismo contrato, la UAESP realizó otra modificación al objeto inicial del contrato con la finalidad de que una vez terminados los contratos con personas distintas a la EAB celebrados en virtud del Otrosí No. 1, fuera la EAB la que reasumiera la prestación del servicio de aseo y sus actividades complementarias:

"(...)

CLÁUSULA PRIMERA: Adicionar al párrafo de la Cláusula 1ª lo siguiente: "...A la terminación de los Contratos que haya suscrito la UAESP con personas distintas a EAAB para el servicio público de aseo y sus actividades complementarias, teniendo en cuenta el objeto del Contrato Interadministrativo No. 017 de octubre 11 de 2012, se informará a la EAAB, mediante comunicación que establezca la zona o zonas y la fecha a partir de la cual deberá reasumir la prestación del servicio"

(...)⁹². (Negrilla fuera de texto)

Así mismo, se incorporó la posibilidad de subcontratar con empresas de servicios públicos de aseo de reconocida idoneidad⁹³ la operación del contrato por actividades o zonas de la ciudad. De esta forma, el contrato permitía a la EAB subcontratar por actividades o zonas de la ciudad la prestación del servicio de aseo con otras empresas. Con fundamento en esta cláusula, la EAB, mediante Contrato Interadministrativo No. 1-07-102000809-2012, subcontrató el 4 de diciembre de 2012 a su filial AGUAS DE BOGOTÁ, Entidad que desde el 18 de diciembre de 2012 es uno de los operadores del servicio público domiciliario de aseo en Bogotá, y que al momento de iniciar dicha prestación no contaba con experiencia en esta materia. Así, la EAB únicamente estaría a cargo de "la dirección comercial, técnica, administrativa y financiera"⁹⁴. El objeto del contrato entre la EAB y AGUAS DE BOGOTÁ es:

"PRIMERA.-OBJETO: El objeto del contrato es realizar las actividades operativas para la prestación del servicio público de aseo y sus actividades complementarias en toda la ciudad de Bogotá D.C., bajo la dirección y supervisión de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá ESP.

PARÁGRAFO PRIMERO.- LA EMPRESA, en cumplimiento del contrato interadministrativo No. 017 de 2012 suscrito con la UAESP, se encargará de la dirección

⁹¹ Página 4 del Otrosí No. 1. Folio 6336 del Cuaderno Público No. 30 del Expediente.

⁹² Página 2 del Otrosí No. 3. Folio 6336 del Cuaderno Público No. 30 del Expediente.

⁹³ Cláusula 17. Subcontratos de Operación. Contrato Interadministrativo No. 017 de 2012, suscrito entre la UAESP y la EAB.

⁹⁴ Numeral 37 de las consideraciones, página 7 del Contrato Interadministrativo No. 1-07-102000809-2012 de 2012, contenido en el Folio 6336 del Cuaderno Público No. 30 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

comercial, técnica, administrativa y financiera necesaria para la prestación del servicio de aseo y actividades complementaria en la ciudad de Bogotá D.C.

(...)⁹⁵. (Negrilla fuera de texto)

Posteriormente, el Distrito expidió el Decreto 564 del 10 de diciembre de 2012⁹⁶, mediante el cual se dispone la adopción de un esquema de prestación del servicio de aseo supuestamente transitorio. Así mismo, el Decreto señala que para que una empresa pueda prestar el servicio de aseo en la ciudad deberá acreditar los requisitos exigidos por la ley ante la UAESP o la EAB, suscribiendo contrato con alguna de estas entidades.

En los artículos 7 y 8 del Decreto 564 del 10 de diciembre de 2012⁹⁷, por medio del cual se adoptan disposiciones para la prestación del servicio público de aseo en el Distrito Capital, se establece lo siguiente:

"ARTÍCULO 7º.- Continuidad en la prestación del servicio. Para garantizar la continuidad en la prestación del servicio público domiciliario de aseo y sus actividades complementarias dentro del territorio del Distrito Capital, la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos - UAESP, está autorizada para expedir los actos, celebrar los contratos y realizar las operaciones que se requieran, todo de conformidad con lo previsto en la Ley 142 de 1994".

"ARTÍCULO 8º.- Empresas de Servicios Públicos del Distrito Capital. Con el propósito de asegurar la continuidad del servicio de aseo, en los términos establecidos por la Ley, la prestación se podrá hacer a través de Empresas de Servicios Públicos pertenecientes al Distrito a través de convenios o contratos que celebre la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos – UAESP para el efecto".

La Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá EAAB ESP, expedirá los actos, celebrará los contratos y realizará las operaciones que se requieran, todo de conformidad con lo previsto en la Ley 142 de 1994 y con estricta sujeción a las órdenes impartidas por la Honorable Corte Constitucional en la Sentencia T-724 de 2003 y en los Autos 275 de 2011, 268 de 2012 (sic) y 084 de 2012".

Así mismo, el artículo 9 del citado Decreto, indica que:

"ARTÍCULO 9º.- Acceso al Relleno Sanitario. El acceso y disposición de residuos en el Relleno Sanitario Doña Juana, propiedad del Distrito Capital, queda condicionado a la celebración previa de un contrato de acceso al servicio público de aseo en la actividad complementaria de disposición final, con el operador contratado para el efecto, previa autorización de la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos – UAESP, en los términos previstos en el Decreto Nacional 838 de 2005.

⁹⁵ Página 8 del Contrato Interadministrativo digitalizado y contenido en el Folio 6336 del Cuaderno Público No. 30 del Expediente.

⁹⁶ "Por medio del cual se adoptan disposiciones para asegurar la prestación del servicio público de aseo en el Distrito Capital en acatamiento de las órdenes impartidas por la Honorable Corte Constitucional en la Sentencia T-724 de 2003 y en los Autos números 268 de 2010, 275 de 2011 y 084 de 2012".

⁹⁷ Folios 2728 al 2743 del Cuaderno Público No. 14 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

La Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos – UAESP proferirá los actos administrativos necesarios para que, a partir del 18 de diciembre del año en curso, y en la medida en que se venzan los contratos vigentes, en el Relleno Sanitario Doña Juana solamente se reciban residuos recolectados y transportados por empresas debidamente autorizadas por la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos - UAESP, con el fin de preservar la salubridad pública y asegurar el manejo técnico del relleno sanitario, así como el derecho de la población recicladora a recolectar el material aprovechable".

En virtud de lo anterior, la recolección de basuras sólo se podría llevar a cabo por aquellos prestadores del servicio público de aseo que contaran con autorización, contrato o convenio con la UAESP.

En el esquema planteado, la EAB a su vez contrató como operador del servicio a una de sus filiales, esto es, AGUAS DE BOGOTÁ, al paso que la UAESP suscribió contratos de operación con las empresas CIUDAD LIMPIA, ASEO CAPITAL, LIME y ATESA, como se presenta a continuación:

- **ASEO CAPITAL**⁹⁸, Contrato No. 260 suscrito el 19 de diciembre de 2012, con un término de duración de "(...) cuando menos, de un año, y se extenderá hasta que inicie la ejecución de los contratos que se suscriban en desarrollo del proceso licitatorio que adelante **LA UAESP** en el que se incluyan las actividades objeto del presente contrato"⁹⁹.
- **LIME**¹⁰⁰, Contrato No. 261 suscrito el 19 de diciembre de 2012, con un término de duración de "(...) cuando menos, de un año, y se extenderá hasta que inicie la ejecución de los contratos que se suscriban en desarrollo del proceso licitatorio que adelante **LA UAESP** en el que se incluyan las actividades objeto del presente contrato"¹⁰¹.
- **CIUDAD LIMPIA**¹⁰², Contrato No. 261 suscrito el 18 de diciembre de 2012, con un término de duración de "(...) cuando menos, de un año, y se extenderá hasta que inicie la ejecución de los contratos que se suscriban en desarrollo del proceso licitatorio que adelante **LA UAESP** para la selección del operador en la Zona 6"¹⁰³.
- **ATESA**¹⁰⁴, Contrato No. 258 suscrito el 21 de diciembre de 2012, con un término de duración de "(...) cuatro (4) meses, contados a partir del veintitrés (23) de diciembre a las 0:00 horas a.m., prorrogables de común acuerdo entre las partes"¹⁰⁵.

⁹⁸ Folios 2931 a 2941 del Cuaderno Público No. 15 del Expediente.

⁹⁹ Folio 2935 del Cuaderno Público No. 15 del Expediente.

¹⁰⁰ Folios 2952 a 2957 del Cuaderno Público No. 15 del Expediente.

¹⁰¹ Folio 2954 del Cuaderno Público No. 15 del Expediente.

¹⁰² Folios 2896 a 2911 del Cuaderno Público No. 14 del Expediente.

¹⁰³ Folio 2901 del Cuaderno Público No. 14 del Expediente.

¹⁰⁴ Folios 2967 a 2979 Público No. 15 del Expediente.

W

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

Existen diferencias entre el contrato suscrito entre CIUDAD LIMPIA y los suscritos con las demás empresas privadas, porque en el contrato suscrito con CIUDAD LIMPIA se le da mayor relevancia al tema de autonomía en la prestación del servicio (actividades operativas y administrativas que componen el servicio). De este modo, para la SSPD, CIUDAD LIMPIA es prestadora del servicio de aseo en la zona 6 de Bogotá, dado que firmó contrato con la UAESP y a partir de dicho contrato se sustrajo de la cobertura del 100% que tenía la EAB. Por el contrario las demás empresas son únicamente subcontratistas de una entidad del Distrito dentro del nuevo esquema de prestación, en la medida en que recae bajo la responsabilidad de la EAB la titularidad de la prestación del servicio¹⁰⁶. Igualmente se considera a la EAB y a CIUDAD LIMPIA como autoridades tarifarias locales¹⁰⁷.

De este modo, actualmente la EAB, a través de su filial AGUAS DE BOGOTÁ es el prestador responsable del servicio público de aseo en las zonas 2, 3 y 5 (localidades de Engativá, Fontibón, Santa Fé, Los Mártires, Candelaria, Chapinero, Teusaquillo, Barrios Unidos, San Cristóbal, Rafael Uribe Uribe, Antonio Nariño y Usme) del Distrito Capital, donde presta el servicio directamente¹⁰⁸. De otro lado, la UAESP es el prestador del servicio en las zonas 1 (localidades de Suba y Usaquén) y zona 4 (localidad de Ciudad Bolívar) donde se presta el servicio por medio de los operadores LIME y ASEO CAPITAL. Entre tanto, el operador CIUDAD LIMPIA es el prestador del servicio en la zona 6 (localidades de Bosa y Kennedy)¹⁰⁹.

11.3.5.2. Infracción al artículo 1 de la Ley 155 de 1959

La UAESP, la EAB y AGUAS DE BOGOTÁ infringieron lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, el cual establece lo siguiente:

*"Quedan prohibidos los acuerdos o convenios (sic) que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros y en general, toda clase de prácticas y procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos"*¹¹⁰. (Negrilla fuera de texto).

¹⁰⁵ Folio 2972 del Cuaderno Público No. 15 del Expediente.

¹⁰⁶ Como consecuencia, la SSPD le solicitó a las empresas Consorcio Aseo Capital S.A. E.S.P., Limpieza Metropolitana S.A. E.S.P y Aseo Técnico de la Sabana S.A. E.S.P cancelar su registro como prestadores del servicio en el RUPS desde el 18 de diciembre de 2012.

¹⁰⁷ La entidad tarifaria local es aquella persona natural o jurídica que tiene la facultad de definir las tarifas a cobrar en un municipio o distrito. Puede ser el alcalde municipal/distrital o la Junta a la que se refiere el inciso 6 del artículo 6 de la Ley 142 de 1994 o la Junta Directiva de la persona prestadora, o quien haga sus veces.

¹⁰⁸ Atesa S.A. E.S.P. tenía contrato suscrito hasta el 22 de abril de 2013. Sin embargo, una vez finalizó dicho contrato esta empresa se retiró como operador en este esquema. Atesa S.A. E.S.P. estaba operando las localidades de Fontibón y Engativá.

¹⁰⁹ Información reportada por la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Bogotá.

¹¹⁰ Modificado por el artículo 1 del Decreto 3307 de 1963.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

La anterior disposición ha sido interpretada por la Superintendencia de Industria y Comercio como una prohibición general en materia de prácticas restrictivas de la competencia, ya que prohíbe cualquier práctica que conlleve a restringir la competencia en un mercado¹¹¹.

La Ley 155 de 1959, reprocha tres tipos de actos. En primer lugar, prohíbe (i) los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros. Adicionalmente, y en consonancia con la prohibición anterior, prohíbe en general, (ii) toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y (iii) toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a mantener o determinar precios inequitativos.

En el presente caso, se acreditó que la conducta de los investigados constituyó una infracción de la segunda prohibición contemplada en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, esto es, constituyó una práctica, procedimiento o sistema tendiente a limitar la libre competencia.

Una vez claro el alcance de la prohibición prevista en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, este Despecho procederá a determinar las conductas anticompetitivas mediante las cuales se infringió esta disposición en el presente caso.

Tal y como lo demostró la Delegatura en su Informe Motivado, las investigadas ejecutaron prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia, en el marco de la creación, implementación y puesta en marcha del nuevo esquema de recolección de basuras en Bogotá. Lo anterior, en la medida en que se encuentra plenamente acreditado en el expediente que los investigados realizaron conductas tendientes a limitar la competencia, al haber asumido el control total del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá, ya fuera mediante la prestación directa del servicio por parte de empresas del Distrito, o mediante la imposición de requisitos y autorizaciones por parte del Distrito para que otros pudieran ingresar al mercado, desconociendo así las disposiciones legales que establecen los procedimientos específicos para la prestación del servicio de aseo, cuando esta no sea realizada bajo el esquema de libre competencia.

En virtud de lo anterior, se demostró que los investigados diseñaron un esquema que tenía por objeto que las entidades del Distrito asumieran el control del 100% de la prestación del servicio en Bogotá, y que tuvo como efecto que AGUAS DE BOGOTÁ asumiera la mayor parte de la prestación del servicio, fuera directamente, o por medio de subcontratistas. En cualquier caso, en la práctica, y a raíz de la conducta desplegada por los investigados, ninguna de las empresas que estaba dispuesta a prestar el servicio en un esquema de libre competencia pudo entrar al mercado sin la autorización expresa de una entidad del Distrito. De esta forma, a pesar de que según la ley cualquier operador podía entrar libremente al mercado, el Distrito exigió que para que

¹¹¹ Ver Resoluciones Nos. 6839 de 2010 y 65477 de 2010 de la Superintendencia de Industria y Comercio.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

podrían desarrollar su actividad económica, tuvieran que contar con su autorización, cuestión que no tenía ningún fundamento legal.

Para este Despacho es claro que los investigados diseñaron y ejecutaron una estrategia para generar barreras de acceso a la prestación del servicio de aseo en Bogotá, que derivaron en la obstrucción de todo agente que tuviera la intención de participar en la prestación de este servicio público, así como en la exclusión de los prestadores que ya se encontraban establecidos.

Como se explicará en detalle más adelante, se demostró que la obstrucción del acceso al mercado fue materializada, en primera medida, por la UAESP, al impedir a los agentes dispuestos a prestar el servicio de aseo el acceso al Relleno Sanitario. Así mismo, está plenamente acreditado que la EAB impidió que los agentes que pretendían participar en el mercado accedieran a convenios de facturación conjunta, los cuales eran absolutamente necesarios para que pudieran prestar el servicio. Cada una de estas prácticas constituye una barrera de entrada al mercado, comoquiera que el acceso tanto al relleno sanitario como a la facturación conjunta son elementos esenciales para participar en este mercado.

A continuación se describirán las conductas anteriormente mencionadas.

11.3.5.2.1. Sobre la toma de control de la prestación del servicio público de aseo en Bogotá por parte de los investigados

Al analizar este cargo, vale la pena mencionar el significativo número de anuncios que realizaron el Alcalde Mayor de Bogotá, GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO; el entonces Director de la UAESP, HENRY ROMERO TRUJILLO, y el entonces Gerente General de la EAB, DIEGO FERNANDO BRAVO BORDA, sobre la decisión del DISTRITO de asumir la prestación **directa** y exclusiva del servicio público de aseo a partir de la terminación de los contratos de concesión con los agentes privados establecidos que venían prestando tal servicio bajo la modalidad de urgencia manifiesta. De esta forma, en la práctica lo que se pretendía era monopolizar el servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá por parte de los investigados.

No es cierto, como lo afirman los investigados, que el haber mencionado la monopolización por parte del Distrito como uno de los objetivos del esquema diseñado constituya la imputación de un cargo que nunca fue puesto de presente en la apertura de la investigación. Esto en la medida en que la consecuencia lógica y natural de diseñar un esquema en el que se asume el 100% de la participación en un mercado relevante por vías no contempladas en la ley, es la monopolización del mercado cuyo control se abroga el ejecutor de la conducta.

A continuación se presentan los reportajes de prensa más relevantes que obran en el expediente:

El diario "EL ESPECTADOR", el 30 de noviembre de 2012, publicó en su página web lo siguiente:

"Acueducto podría subcontratar a operadores privados para prestar servicio de aseo. Así lo dijo el gerente del Acueducto, Diego Bravo."

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

(...)

El gerente del Acueducto indicó que el alcalde Gustavo Petro ha señalado que en esta transición solo hay un operador público autorizado. Únicamente quienes presten el servicio bajo una contratación con este operador público (Acueducto) pudieran también hacerlo. De otra manera no es posible"¹¹². (Subraya fuera de texto)

El 15 de noviembre de 2012, en la página web del noticiero de televisión "CM&" se publicó lo siguiente en cuanto a versiones rendidas por este investigado:

"EEAAB (sic) no facturará más a operadores privados de recolección de basuras

Así lo anunció en exclusiva a CM& el gerente del Acueducto, Diego Bravo, quien afirmó que la empresa no tendría por qué seguir expidiendo facturas a los operadores privados que recolectan actualmente la basura en Bogotá.

"El argumento del gerente se sustenta en que el próximo 17 de diciembre se vencen los contratos de estos cuatro operadores y por lo tanto cambia el esquema de la recolección de basuras y sería ilegal facturar a quienes no tendrían permitido llevar a cabo esa función en el Distrito". La facturación será exclusiva del operador público (...)"¹¹³. (Subraya fuera de texto)

El 26 de septiembre de 2012, en la versión web del diario "EL TIEMPO", se publicó una entrevista al investigado DIEGO FERNANDO BRAVO BORDA, Gerente General de la EAB para esa fecha, en la que manifestó lo siguiente:

"Bogotá no está en Libre Competencia para el aseo": EAB

(...)

¿Estamos en libre competencia para el aseo?

Nosotros no estamos de acuerdo. Estamos en una circunstancia muy especial y así fue definido por la Corte Constitucional, cuando expidió el auto 275, en el que le ordena al Distrito hacer la contratación de la manera que considere pertinente para garantizar que se preste de manera armónica y total el servicio de aseo y que se garantice la inclusión de los recicladores a la cadena de valor. El Alcalde ya lo hizo al ordenar que se celebrara este convenio entre la Uaesp y la EAB, y lo seguirá haciendo luego si tiene que hacer uso de su función de policía administrativa.

¿Es decir, si alguna empresa acude a la libre competencia, la administración intervendría?

Cuando exista el derecho a la libre competencia nadie puede impedir que se ejerza. Pero en este momento no hay cómo invocar ese derecho"¹¹⁴. (Subraya fuera de texto)

También obran en el expediente manifestaciones realizadas por los investigados a diversos medios de comunicación, en los que se observa que intentaron coaccionar a

¹¹² Folio 2405 del Cuaderno Público No.12 del Expediente.

¹¹³ Folio 1376 del Cuaderno Público No. 7 del Expediente.

¹¹⁴ Folio 1311 del Cuaderno Público No. 7 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

los operadores establecidos en el mercado con advertencias claras sobre las medidas que se tomarían en caso de que continuaran prestando el servicio de aseo, las cuales incluían acciones de la Policía en contra de los operadores privados que, desde esa fecha, sacaran los vehículos a las calles para recoger los residuos y así competir en el mercado:

El siguiente reportaje publicado en la versión *web* del diario de circulación nacional "EL TIEMPO", en su edición del 13 de noviembre de 2012, señaló lo siguiente:

"Polémica por anuncio de que actuará contra operadores no autorizados desde el 18 de diciembre.

*La polémica desatada por la recolección de basuras en la ciudad a partir del próximo 18 de diciembre está alcanzando ribetes inesperados. Tanto, que este martes el alcalde Gustavo Petro dijo públicamente que tomará **medidas policivas** contra los operadores privados que, desde esa fecha, saquen los carros a las calles para recoger los residuos.*

"Se le ordenará a la Policía actuar y veremos si hace caso. Ahí estará en juego la autonomía del Distrito", declaró el Alcalde, en una entrevista al programa El primer café, del Canal Capital, a propósito de que los contratos de aseo que el Distrito firmó con Lime, Atesa, Aseo Capital y Ciudad Limpia vencen el 17 de diciembre y, al día siguiente, la EAAB entra a prestar el servicio de aseo en toda la ciudad"¹¹⁵. (Negritas fuera del texto).

Al respecto, se demostró con estas y otras manifestaciones, que el objeto de las conductas diseñadas y ejecutadas por el Distrito era tomar el control absoluto de la prestación del servicio de aseo en Bogotá, excluyendo de plano a cualquier operador que quisiera acceder u competir libremente en el mercado.

Dichas declaraciones, por lo demás, generaron inestabilidad en el mercado, al paso que buscaron desacreditar a los prestadores ya establecidos con el fin de justificar las acciones pretendidas. A manera de ejemplo, a continuación se presentan algunas declaraciones de los operadores afectados con las conductas investigadas, al ser preguntados sobre el impacto que generaron los anuncios en los medios de comunicación:

SANDRA PATRICIA MANTILLA FLÓREZ, Representante Legal de LIME, indicó:

"(...) [P]ara nosotros esto fue un impacto muy grande por todo lo que se ha comentado y se ha dicho ante la audiencia, pero también es importante mencionar acá el impacto que esto generó sobre nuestros trabajadores y nuestros proveedores porque en diciembre, desde antes de diciembre pero específicamente en diciembre, la empresa tuvo que pasar por una situación bastante complicada debido a todos los anuncios y todo lo que sucedió, porque la gente, pues el personal que trabaja para la compañía no sabía qué iba a suceder y si a eso le sumamos el hecho de que la empresa de acueducto empezó a sacarnos el personal teniendo nosotros la obligación de prestar el servicio hasta el 17 de diciembre, fue un trabajo administrativo muy grande y tuvo la empresa que poner a funcionar todos sus planes de contingencia para no dejar de prestar el servicio"¹¹⁶.

¹¹⁵ Folios 1038 y 1039 del Cuaderno Público No. 5 del Expediente.

¹¹⁶ Testimonio rendido el 7 de octubre de 2013. Folio 5885 del Cuaderno Público No. 28 del Expediente.

RESOLUCIÓN NÚMERO - 2 5 0 3 6 DE 2014 Hoja No. 69

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

WILLIAM EDUARDO SILVA VARGAS, Gerente de Gestión de ASEO CAPITAL, se pronunció en los siguientes términos:

"(...) [E]l tipo de manifestaciones que ha venido haciendo el acueducto nos están generando incertidumbre en nuestro propio personal, incertidumbre en los propios usuarios, nos parece que el hecho de manejar todas las comunicaciones a través de medios y no hacerlo de manera formal, están en una campaña de descrédito. Hace dos meses cuando arrancó este tema, lo primero que salieron a decir en los medios y lo mismo que dijo la UAESP, sin manifestarlo a nosotros, es que había emergencia de basuras en Bogotá y trataron de utilizar a los medios para desacreditar a los operadores actuales. En la medida en que eso no cogió fuerza, se ha ido diluyendo, pero lo primero que intentaron hacer fue desacreditar la prestación del servicio de empresas serias, organizadas, que vienen de mucho tiempo y nos preocupa que utilicen este tipo de estrategias"¹¹⁷.

De acuerdo con lo anterior, este Despacho coincide con la posición de la Delegatura en cuanto a que se evidenció que el objeto de los investigados de asumir de forma monopólica la prestación del servicio de aseo Bogotá constituyó una infracción al régimen de libre competencia, además de tener un efecto perjudicial en el mercado, en la medida que obstaculizó la permanencia de las empresas establecidas en dicho mercado. Esa afectación quedó registrada en todas las quejas que dieron origen a la actuación administrativa.

Ahora bien, con la información obrante en el expediente, este Despacho acreditó que el objetivo de asumir de forma exclusiva la prestación del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá fue alcanzado por los investigados mediante la celebración del Contrato Interadministrativo No. 017 de 2012, en el que el Distrito buscó que fuera la EAB, a través de su filial AGUAS DE BOGOTÁ, la responsable por la gestión y operación del servicio de aseo en toda Bogotá, con una cobertura del 100%¹¹⁸.

En efecto, la Cláusula No. 1 del Contrato Interadministrativo No. 017 del 11 de octubre 2012, dispuso lo siguiente:

"Cláusula 1. Objeto: *Por el presente contrato el CONTRATISTA asume la prestación del servicio público de aseo, dando cumplimiento a las obligaciones señaladas en la cláusula 3 de este contrato, en toda la ciudad de Bogotá D.C., sin cláusulas de exclusividad.*

El servicio de recolección, barrido y limpieza de vías en áreas públicas y transporte de los residuos al sitio de disposición final en el Distrito Capital de Bogotá, tendrá una cobertura del cien por ciento (100%), y se prestará a todos los usuarios y elementos del mobiliario urbano de las localidades que hacen parte de las mismas".

"Cláusula 17. Subcontratos de Operación. *Dentro del ámbito de su autonomía técnica y operativa, el CONTRATISTA podrá contratar con Empresas de Servicios Públicos de*

¹¹⁷ Testimonio rendido el 20 noviembre de 2012. Folio 1489 del Cuaderno Público No. 8 del Expediente.

¹¹⁸ "Cláusula 1.- OBJETO" del Contrato Interadministrativo No. 017 de 2012, firmado entre la UAESP y la EAB el 11 de octubre de 2012.

RESOLUCIÓN NÚMERO 2 5 0 3 6 DE 2014 Hoja No. 70

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

aseo de reconocida idoneidad la prestación del servicio por actividades o zonas de la ciudad".

También se acreditó que a raíz del Contrato Interadministrativo No. 809 de 2012 suscrito con la EAB, AGUAS DE BOGOTÁ operaría el servicio público de aseo "en toda la ciudad de Bogotá". Este contrato estaría soportado por el Convenio No. 017 referido anteriormente. La Cláusula Primera del Contrato Interadministrativo No. 809 del 4 de diciembre de 2012 preceptuó lo siguiente:

"Cláusula Primera.- OBJETO: *El objeto del contrato es realizar las actividades operativas para la prestación del servicio público de aseo y sus actividades complementarias en toda la ciudad de Bogotá D.C., bajo la dirección y supervisión de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá ESP".*

El siguiente testimonio rendido por RICARDO AGUDELO SEDANO, en su calidad Representante Legal de AGUAS DE BOGOTÁ, da cuenta de que dicha empresa operaría el servicio de aseo bajo la dirección y supervisión de su matriz (EAB):

Pregunta: *"¿En un primer momento cuando se firmó ese Contrato Interadministrativo entre la Empresa de Acueducto y Aguas de Bogotá en el año 2012, por cuanto tiempo se firmó ese primer contrato?"*

Respuesta: *"El presente contrato tendrá un plazo de ejecución de 4 meses y 14 días, contados a partir del 18 diciembre del 2012 hasta el 30 de abril del 2013, de acuerdo con el acta de inicio suscrita por las partes, no obstante lo anterior este contrato aclara, estará vigente desde la fecha de perfeccionamiento y hasta su liquidación".*

Pregunta: *"¿Qué significa actividades operativas señor Agudelo?"*

Respuesta: *"Actividades operativas significa las que el contratante -en este caso la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá señale, o sea, debo resaltar que Aguas de Bogotá, esas (sic) actividades complementarias las hace por demanda de la empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá.*

Pregunta: *"¿Qué zonas de la ciudad cubría Aguas de Bogotá a partir del 18 de diciembre del año 2012? Lo conoce?"*

Respuesta: *"En principio, una parte de la ciudad la tenía Aguas de Bogotá y otra Atesa entre el 18 de diciembre y el 22 de diciembre. Y entre el 22 de diciembre para adelante, las ha compartido con otras empresas que venían prestando el servicio como Aseo Capital, Lime y Ciudad Limpia, además que con Atesa"¹¹⁹.*

Por otra parte, debe resaltarse que el Contrato Interadministrativo No. 017 de 2012 estableció la posibilidad de subcontratar la prestación del servicio de aseo en la ciudad con "Empresas de Servicios Públicos de reconocida idoneidad". Sin embargo, desde un comienzo la opción contemplada por la EAB para dar inicio al nuevo esquema de prestación que operaría a partir del 18 de diciembre de 2012, fue contratar con su filial AGUAS DE BOGOTÁ. De esta forma, se desconoció la existencia, experiencia y trayectoria de otras "Empresas de Servicios Públicos de reconocida idoneidad" en la

¹¹⁹ Testimonio rendido el 15 de octubre de 2013. Folio 5952 del Cuaderno Público No. 28 del Expediente.

RESOLUCIÓN NÚMERO 2 5 0 3 6 DE 2014 Hoja No. 71

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

prestación del servicio de aseo en Bogotá, que venían operando desde hace varias décadas (prestadores privados). Pero más importante aún, se cerró la posibilidad de que empresas distintas de AGUAS DE BOGOTÁ que estuvieran interesadas en ofrecer el servicio pudieran acceder libremente al mercado.

En efecto, se celebró el Otrosí No. 1 al Contrato No. 017 de 2012, que le permitiría a la UAESP sustraer parte de la cobertura del 100% de la ciudad (que era el objeto inicial de la conducta), para entregarla a otro operador. Además, mediante Otrosí No. 3 al mismo contrato, la UAESP realizó otra modificación al objeto inicialmente señalado, con el fin de que, una vez terminados los contratos con personas distintas a la EAB, fuera esta empresa la que reasumiera la prestación del servicio de aseo y sus actividades complementarias.

Posteriormente, el Alcalde Mayor GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO expidió el Decreto 564 de 2012¹²⁰, en el cual se indicó:

- Que la prestación del servicio se "*podría*" hacer a través de "*Empresas de Servicios Públicos pertenecientes al Distrito*", con un requisito de acreditación de idoneidad ante la UAESP.
- Que sería la EAB la entidad que expediría los actos y celebraría los contratos que se requirieran.

Como puede observarse, con el Decreto 564 de 2012 también se establecieron restricciones para la prestación del servicio de aseo, en la medida en que la libre participación en el mercado de aseo en Bogotá dejó de ser potestativa de los agentes con intenciones de ingresar o continuar en dicho mercado, para pasar a depender de la autorización de la UAESP, que tenía total discreción para otorgarla de acuerdo con sus intereses y los de la EAB y AGUAS DE BOGOTÁ.

En línea con lo anterior, el artículo 8 del Decreto 564 establece la forma en que la prestación del servicio en Bogotá puede ser asumida por empresas de servicios públicos pertenecientes al Distrito, mediante un contrato o convenio suscrito con la UAESP:

"ARTÍCULO 8. EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DEL DISTRITO CAPITAL. *Con el propósito de asegurar la continuidad del servicio de aseo, en los términos establecidos por la Ley, la prestación se podrá hacer a través de Empresas de Servicios Públicos pertenecientes al Distrito a través de convenios o contratos que celebre la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos- UAESP para el efecto.*

La Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá EAAB ESP, expedirá los actos, celebrará los contratos y realizará las operaciones que se requieran, todo de conformidad con lo previsto en la Ley 142 de 1994 (...). (Negrillas fuera de texto)

¹²⁰ Folios 2728 a 2743 del Cuaderno Público No. 14 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

los demás prestadores. Lo anterior, constituye la regla general para la prestación del servicio público domiciliario de aseo" (Negrilla fuera de texto)

La SSPD le indicó a GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO, Alcalde Mayor de Bogotá y Presidente de la Junta Directiva de la EAB, en comunicación del 17 de septiembre de 2012, entre otros aspectos, los que se transcriben a continuación:

"(...) [E]s jurídicamente viable que el Distrito inicie la prestación del servicio por medio de una empresa pública; sin embargo, ello no garantiza que otros operadores no entren a prestar el servicio en el mismo territorio, porque en todo caso se mantiene el régimen de libre competencia. Dicho régimen es aplicable sin excepción, aún a pesar de la existencia de los contratos suscritos entre el Distrito y los operadores. Estos contratos no pueden ofrecer exclusividad alguna.

La única opción de exclusividad es la establecida en el artículo 40 de la Ley 142 de 1994, que implica un proceso licitatorio previo a una verificación de motivos por parte de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico -CRA- para la inclusión de áreas de servicio exclusivo en los contratos y bajo la justificación de un incremento en la cobertura del servicio a los usuarios de menores ingresos"¹²³. (Negrilla fuera de texto)

Por su parte, el PERSONERO DE BOGOTÁ invitó a GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO a reconsiderar la forma en que el Distrito gestionó las opciones para asegurar la continuidad de la prestación del servicio de aseo en Bogotá, toda vez que había dejado de aplicar el régimen de libre competencia contemplado en la Ley 142 de 1994. Se transcriben algunos apartes de la comunicación del 20 de noviembre de 2012 con el asunto "Evaluación del riesgo jurídico en la transición al nuevo esquema de prestación del servicio público de aseo en Bogotá":

"El análisis riguroso de este asunto no puede dejar de considerar y resolver factores de exposición al riesgo jurídico tales como: (1) el alcance que se le da al auto proferido por la Corte Constitucional en el trámite de cumplimiento de un fallo de tutela, para concluir la inaplicación de la pauta de libre competencia contemplada en la Ley 142 de 1994; (2) los fundamentos que justifican la decisión de la Administración Distrital frente al control de abogacía de la competencia que ejerce la Superintendencia de Industria y Comercio¹²⁴; (3) la consideración de la reversión en la liquidación de los contratos vigentes¹²⁵ y la agregación de los bienes reversados bajo el nuevo esquema de prestación del servicio; (4) el balance de la Bolsa General de Aseo y el traslado, incorporación, y gestión de sus recursos en el esquema de prestación del servicio por el que ha optado la Administración Distrital"¹²⁶. (Negrilla fuera de texto)

¹²³ Comunicación con No. de radicación 20124210716171. Folios 2032 a 2035 del Cuaderno Público No. 10 del Expediente.

¹²⁴ Ver artículo 7 de la Ley 1340 de 2009 y Decreto 2897 de 2010.

¹²⁵ A la luz de lo dispuesto en la leyes 80 de 1993 y 142 de 1994.

¹²⁶ Comunicación No. 2012EE73891 del 20 de noviembre de 2012. Folios 2475 y 2476 del Cuaderno Público No.13 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

En virtud de lo anterior, para este Despacho se encuentra plenamente demostrado que los investigados decidieron de forma deliberada y plenamente informada, no tener en cuenta que el Distrito de Bogotá se encontraba en un régimen de libre competencia para la prestación del servicio de aseo desde el momento en que concluyeron los contratos de concesión para ASEs en el año 2011, según lo establecido en la Ley 142 de 1994. Es claro para este Despacho que los investigados decidieron desconocer intencionalmente los procedimientos y requisitos establecidos por la Ley 142 de 1994 para que el municipio o el Distrito en este caso, entrara a prestar el servicio directamente.

Al respecto, recuérdese que el artículo 6 de la Ley 142 de 1994 dispone que los municipios prestarán directamente los servicios públicos exclusivamente en los siguientes casos:

- Cuando, habiendo hecho los municipios invitación pública a las empresas de servicios públicos, no haya habido empresa alguna que se ofreciera a prestarlo;
- Cuando, no habiendo empresas que se ofrecieran a prestar el servicio, y habiendo hecho los municipios invitación pública a otros municipios, al Departamento del cual hacen parte, a la Nación y a otras personas públicas o privadas para organizar una empresa de servicios públicos que lo preste, no haya habido una respuesta adecuada;
- Cuando, aun habiendo empresas deseosas de prestar el servicio, haya estudios aprobados por el Superintendente que demuestren que los costos de prestación directa para el municipio serían inferiores a los de empresas interesadas, y que la calidad y atención para el usuario serían, por lo menos, iguales a las que tales empresas podrían ofrecer. Las Comisiones de Regulación establecerán las metodologías que permitan hacer comparables diferentes costos de prestación de servicios.

Nótese que en el presente caso está demostrado que no se cumplen las anteriores circunstancias, comoquiera que existían y aún existen empresas dispuestas a ofrecer el servicio en condiciones de competencia en la ciudad de Bogotá. Así mismo, los investigados no acreditaron que existieran estudios aprobados por el Superintendente de Servicios Públicos en los que se demostrara que los costos de prestación directa para el Distrito serían inferiores a los de empresas interesadas, y que la calidad y atención para el usuario serían, por lo menos, iguales a las que tales empresas podrían ofrecer.

Es importante concluir el análisis de la conducta descrita, presentando la evidencia sobre el conocimiento que tenían los investigados sobre la inconveniencia y probable ilegalidad de su conducta, manifestada en las posiciones oficiales de entidades como la Procuraduría, la Contraloría, la SSPD, la CRA, entre otras.

Así entonces, el 28 y 30 de noviembre de 2012, la PROCURADURÍA DELEGADA PARA LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA les recomendó a GUSTAVO FRANCISCO

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

PETRO URREGO, la EAB y la UAESP¹²⁷, verificar la necesidad de suscribir el Contrato Interadministrativo No. 017 de 2012, de conformidad con el régimen legal de servicios públicos. Tal recomendación se hizo en los siguientes términos:

*"Asimismo, recomendamos verificar la **necesidad** de suscribir este convenio, pues de conformidad con el régimen legal de los servicios públicos, si la EAAB quiere entrar a prestar el servicio de aseo en la ciudad en el marco de la libre competencia no requiere de título habilitante o vínculo contractual con las autoridades administrativas, salvo las concesiones, permisos y licencias referidas en los artículos 25 y 26 de la Ley 142 de 1994, de acuerdo con la naturaleza de su actividad"*¹²⁸.

La PROCURADURÍA le indicó a DIEGO FERNANDO BRAVO BORDA¹²⁹, de acuerdo con la reunión sostenida el 24 de octubre de 2012, en la que se discutió la decisión del Distrito relacionada con la prestación del servicio de aseo en Bogotá por parte de la EAB desde diciembre de 2012, que la norma general es que exista libertad de acceso al mercado para las empresas y se garantice el derecho del usuario a la libre escogencia del prestador del servicio de aseo. Sostuvo el ente de control lo siguiente:

"Según se mencionó en la reunión, la decisión del Distrito se fundamenta en que, a su parecer, la única forma de cumplir el Auto 275 de la Corte Constitucional para la inclusión de las acciones afirmativas en favor de la población recicladora es mediante la operación exclusiva del servicio de aseo por parte de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá.

(...) la norma general es que existe libertad para que varias empresas presten servicios públicos, salvo en los casos que por interés social y con el propósito de ampliar la cobertura de los servicios públicos, se entregue a una sola empresa un área de servicio exclusivo, en los términos del artículo 40 de la Ley 142 de 1994".

Adicional a lo anterior, la CONTRALORÍA DE BOGOTÁ le manifestó a GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO¹³⁰ que los contratos interadministrativos no son un medio de delegación y, que en ese sentido, debía tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 95 de la Ley 489 de 1998¹³¹. Con lo anterior, se pretendió indicar que las funciones administrativas de libre competencia no están a cargo de la UAESP.

De esta forma, es claro para este Despacho que los investigados ejecutaron una estrategia encaminada a adquirir el control absoluto de la prestación del servicio de

¹²⁷ Comunicaciones del 28 y 30 de noviembre de 2012. Folios 2433 a 2463 del Cuaderno Público No. 12 del Expediente.

¹²⁸ Folio 2459 del Cuaderno Público No. 12 del Expediente.

¹²⁹ Comunicación No. 163319 del 30 de octubre de 2012. Reverso del folio 7487 a 7488 del Cuaderno Público No. 36 del Expediente.

¹³⁰ Comunicación con No. de radicación 2-2012-19155 del 23 de octubre de 2012. Folio 7433 del Cuaderno Público No. 36 del Expediente.

¹³¹ "Las entidades públicas podrán asociarse con el fin de cooperar en el cumplimiento de funciones administrativas o de prestar conjuntamente servicios que se hallen a su cargo, mediante la celebración de convenios interadministrativos o la conformación de personas jurídicas sin ánimo de lucro". Folio 7436 del Cuaderno Público No. 36 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

aseo en la ciudad de Bogotá, excluyendo del mercado a los operadores que quisieran prestar el servicio en libre competencia y sometiendo su acceso a la prestación del servicio a la voluntad de las entidades investigadas.

11.3.5.2.2. Sobre la obstrucción del acceso de los competidores al Relleno Sanitario

Este Despacho encontró material probatorio suficiente para determinar que los investigados obstruyeron el acceso al RELLENO SANITARIO DOÑA JUANA, que es necesario para la disposición de los residuos recolectados por los agentes que prestan el servicio de aseo en la ciudad de Bogotá y, por consiguiente, para la participación en dicho mercado.

En efecto, la obstrucción mencionada se vio materializada en el Decreto 564 de 2012, que en su artículo 9 dispuso lo siguiente:

"Artículo 9. Acceso al Relleno. El acceso y disposición de residuos en el Relleno Sanitario Doña Juana, propiedad del Distrito Capital, queda condicionado a la celebración previa de un contrato de acceso al servicio público de aseo en la actividad complementaria de disposición final, con el operador contratado para el efecto, previa autorización de la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos – UAESP, en los términos previstos en el Decreto Nacional 838 de 2005.

La Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos – UAESP proferirá los actos administrativos necesarios para que, a partir del 18 de diciembre del año en curso, y en la medida en que se venzan los contratos vigentes, en el Relleno Sanitario Doña Juana solamente se reciban residuos recolectados y transportados por empresas debidamente autorizadas por la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos - UAESP, con el fin de preservar la salubridad pública y asegurar el manejo técnico del Relleno Sanitario, así como el derecho de la población recicladora a recolectar el material aprovechable". (Negrilla fuera de texto)

Tal y como lo señaló la Delegatura en el Informe Motivado, en el Expediente obra evidencia que da cuenta de la negativa de la UAESP de otorgar acceso a los operadores privados al RELLENO SANITARIO DOÑA JUANA. En efecto, en el extracto del correo electrónico que se expone a continuación, la UAESP les indica a las empresas LIME y ASEO CAPITAL que a partir del 17 de diciembre de 2012, solo podían ingresar al Relleno Sanitario hasta las 12 de la noche:

"Teniendo en cuenta que el Contrato de Concesión 014 de 2012, termina el día 17 de diciembre de 2012, le informo que el ingreso al Relleno Sanitario Doña Juana será hasta las 11:59 del día 17 de diciembre de 2012, por lo tanto se requiere que ajusten la programación del servicio de aseo, de acuerdo a la disposición mencionada.

Adicionalmente se solicita envíen el listado de los vehículos que realizarán la última jornada para la hora de ingreso en referencia, con su número interno de identificación y su placa respectiva"¹³². (Negrilla fuera de texto)

¹³² Folio 2800 a 2801 del Cuaderno Público No. 14 del Expediente: Información aportada por ASEO CAPITAL al Expediente. Consiste en un correo electrónico cuyo remitente es LAURA CARVAJAL, funcionaria de la Subdirección de Recolección de Barrido y Limpieza de la UAESP, con destino a JAVIER

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

Así mismo, mediante comunicaciones radicadas con el No. 20127010093671¹³³, No. 20127010091301¹³⁴ y No. 20127010091311¹³⁵, la UAESP respondió a las solicitudes de acceso y prestación del servicio de disposición final de residuos en el RELLENO SANITARIO DOÑA JUANA formuladas por ASEO CAPITAL, LIME y ATESA, para lo cual hizo un recuento del régimen jurídico aplicable al caso en comentario¹³⁶ y solicitó a los peticionarios, para efectos de evaluar la viabilidad de sus solicitudes, los siguientes documentos:

"(...)

1. **Contrato de acceso al servicio público de aseo en la actividad complementaria de disposición final y el contrato mencionado en el artículo quinto del Decreto 564 de 2012.**
2. *Descripción detallada y documentos soportes en donde se pueda constatar plenamente las características y especificaciones de los vehículos a utilizar para la recolección y transporte de los residuos hasta el sitio de disposición final (...)*
3. *Descripción detallada y documentos soporte de las características técnicas de la manera como se realizan las actividades de recolección y transporte de los residuos sólidos por parte de LIME.*
4. *Documentos técnicos en donde se especifique la cantidad y tipo de residuos que serían dispuestos junto con la caracterización de los mismos."*

(...)" (Negrilla fuera de texto)

Nótese que la documentación requerida en el numeral 1, muestra el propósito de la UAESP de condicionar la viabilidad de las solicitudes de acceso al Relleno Sanitario, entre otros aspectos, a la celebración de un contrato con dicha Unidad, además de contar con su autorización para el ingreso a partir del 18 de diciembre de 2012, en cumplimiento del Decreto 564 de 2012. De tal suerte, la única posibilidad de los participantes en el mercado era obtener de la UAESP una autorización en este sentido, teniendo en cuenta que **es esta entidad la que gerencia, administra y controla el acceso al RELLENO SANITARIO DOÑA JUANA.**

En adición a lo anterior, se encuentra acreditado en el expediente que bajo la coordinación de un funcionario de la Subdirección de Disposición Final de la UAESP, se

GÓMEZ, Director de Presupuesto de ASEO CAPITAL, con el asunto: "RV: Terminación del contrato 014 de 2012, 18 de diciembre del 2012 a las 24 horas".

¹³³ Folios 4802 a 4807 del Cuaderno Público No. 22 del Expediente.

¹³⁴ Ver CD contenido en el folio 6995 del Cuaderno Público No. 34 del Expediente.

¹³⁵ Ver CD contenido en el folio 6995 del Cuaderno Público No. 34 del Expediente.

¹³⁶ Refiriéndose al: (i) artículo 11 de la Ley 142 de 1994; (ii) artículo 6 de la Resolución 1390 de 2005 del MAVDT; (iii) artículo 276 de la Ley 1450 de 2011 que reglamenta parcialmente el artículo 101 de la Ley 1151 de 2007; (iv) artículo 8 del Decreto 838 de 2005; (v) artículos 5 y 9 del Decreto 564 de 2012.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

ordenó al COMANDO DE LA POLICÍA METROPOLITANA DE BOGOTÁ vigilar y hacer seguimiento constante en la entrada al RELLENO SANITARIO DOÑA JUANA e incrementar planes operativos de control al ingreso al Relleno, así como tener en cuenta la relación de los vehículos que contaban con autorización para el ingreso. Al respecto, se pone de presente la respuesta al requerimiento formulado por la Delegatura al COMANDO DE LA POLICÍA METROPOLITANA DE BOGOTÁ en torno al manejo del orden público en Bogotá los días 17 y 18 de diciembre de 2012, en la que se da cuenta de la ejecución de medidas policivas tendientes a impedir el acceso al Relleno Sanitario por parte de los competidores, en cumplimiento de las instrucciones impartidas por GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO, en los siguientes términos:

*"La administración señaló que Bogotá no está en libre competencia, por lo tanto impedirá con medidas policivas que los operadores privados de aseo entren a las calles a partir del 18 de diciembre."*¹³⁷

Así bien, la obstrucción de acceso ejercida por la UAESP impidió de manera directa, que los participantes del mercado pudieran operar el servicio desde el 18 de diciembre de 2012. Igualmente, no cabe duda de que, dando cumplimiento al Decreto 564 de 2012 que condicionó el ingreso al Relleno Sanitario solamente a empresas debidamente autorizadas por la UAESP, los prestadores ya establecidos cuyo contrato estuviera vencido al 18 de diciembre de 2012, no podían realizar actividades relacionadas con el servicio de aseo en su componente de disposición final de los residuos.

De lo anterior da cuenta la comunicación de la UAESP radicada con el No. 20134010037313 del 20 de mayo de 2013¹³⁸, referente al ingreso al RELLENO SANITARIO DOÑA JUANA el 18 y 19 de diciembre de 2013, donde se observa que ASEO CAPITAL y LIME no registran ninguna cantidad de residuos sólidos depositados en dicho Relleno Sanitario.

De conformidad con el artículo 6 de la Resolución No. 1390 de 2005¹³⁹, expedida por el MINISTERIO DE AMBIENTE, VIVIENDA Y DESARROLLO TERRITORIAL, el libre acceso a la actividad de disposición final es una obligación de quien ostente la calidad de prestador del servicio público domiciliario de aseo en la actividad complementaria de disposición final de residuos sólidos, bajo la tecnología de relleno sanitario:

"ARTÍCULO 6. LIBRE ACCESO AL SERVICIO DE DISPOSICIÓN FINAL DE RESIDUOS SÓLIDOS. Los prestadores del servicio público domiciliario de aseo en la actividad complementaria de disposición final de residuos sólidos, bajo la tecnología de relleno sanitario, **deberán dar libre acceso** al servicio a la persona prestadora de las actividades de recolección y transporte que lo solicite, dando prelación a los municipios o

¹³⁷ Reverso del folio 6388 del Cuaderno Público No. 31 del Expediente.

¹³⁸ Folio 4875 del Cuaderno Público No. 23 del Expediente.

¹³⁹ "Por la cual se establecen directrices y pautas para el cierre, clausura y restauración o transformación técnica a rellenos sanitarios de los sitios de disposición final a que hace referencia el artículo 13 de la Resolución 1045 de 2003 que no cumplan las obligaciones indicadas en el término establecido en la misma".

W

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

distritos de que trata el artículo 4º de la presente resolución, siempre y cuando el promedio mensual de las cantidades adicionales de residuos sólidos a disponer por el solicitante, no supere el 50% del volumen promedio mensual de toneladas dispuestas por el prestador del servicio en los últimos seis (6) meses anteriores a la vigencia de la presente resolución. El período de acceso al servicio de disposición final de que trata el presente artículo no podrá ser menor a treinta y seis (36) meses, a cuyo término deberá haberse dado cumplimiento a lo definido en el respectivo Plan de Gestión Integral de Residuos Sólidos, PGIRS municipal o distrital. (...). (Negrilla fuera de texto)

Así mismo, en el artículo 251 de la Ley 1450 de 2011 "Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014", se preceptuó lo siguiente:

"Las autoridades ambientales, personas prestadoras o entidades territoriales no podrán imponer restricciones sin justificación técnica al acceso a los rellenos sanitarios y/o estaciones de transferencia" (Negrilla fuera de texto)

En atención a este deber legal, el 19 de diciembre de 2012, la SSPD se refirió al libre acceso a los rellenos sanitarios Doña Juana y Nuevo Mondoñedo, y le advirtió a GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO, como Alcalde de Bogotá y Presidente de la Junta Directiva de la EAB, con copia enviada, entre otros, a DIEGO FERNADO BRAVO BORDA, Representante Legal de la EAB, y HENRY ROMERO, Director de la UAESP, lo siguiente:

"En cuanto a la actividad de disposición final y el libre acceso a los Rellenos Sanitarios, el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, por medio del artículo 6 de la resolución MADVT 1390 de 2005, reitera los derechos y principios enunciados y regula las causales excepcionales por las cuales dicho acceso puede ser objeto de restricciones.

Así, la empresa operadora del Relleno Sanitario Doña Juana está obligada a permitir el acceso a todos los prestadores del servicio de aseo para la disposición final de los residuos sólidos.

La única excepción es de carácter técnico, señalada en el mismo artículo 6 de la resolución 1390 de 2005. Esta circunstancia, en todo caso, es objeto de vigilancia y control por parte de esta Superintendencia.¹⁴⁰ (Negrilla fuera de texto)

Según consta en escritos del 21 de noviembre de 2012¹⁴¹, la SSPD en ejercicio de sus facultades¹⁴², efectuó una vigilancia especial y preventiva sobre las disposiciones legales relacionadas con el libre acceso al servicio de disposición final, con el objetivo de que no se viera afectada la prestación del servicio público domiciliario de aseo. En dicha oportunidad, la SSPD les recordó a NUEVO MONDOÑEDO y al CENTRO DE GERENCIAMIENTO DE RESIDUOS DOÑA JUANA que es su obligación permitirle a los prestadores que llevan a cabo la actividad de recolección, transporte y acceso al sitio de disposición, siempre y cuando no exista la limitación de carácter técnico establecida en el artículo 6 de la Resolución del MINISTERIO DE AMBIENTE, VIVIENDA Y

¹⁴⁰ Comunicación radicada con el No. 20124300871211 del 19 de noviembre de 2012. Folios 4809 al 4816 del Cuaderno Público No. 22 del Expediente.

¹⁴¹ Folios 2148 a 2149 y 2150 a 2151 del Cuaderno Público No. 11 del Expediente.

¹⁴² Artículo 79 de la Ley 142 de 1994, modificado por el artículo 13 de la Ley 689 de 2001.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

DESARROLLO TERRITORIAL No. 1390 de 2009, hecho que debía ser acreditado ante dicha Superintendencia. Lo anterior se evidencia en el siguiente aparte:

"(...) si bien es cierto que la Ley no obliga a los prestadores del servicio de aseo a contar con su propio sitio de disposición final de residuos, no es menos cierto que quien opere un Relleno Sanitario está en la obligación de permitir el acceso a él a otras empresas, siempre que no existan limitaciones de carácter técnico; no permitirlo sería un abuso de posición dominante de conformidad con los artículos 34 y 133 de la Ley 142 de 1994 y 81 y 83 del Decreto 605 de 1996 (...)"¹⁴³. (Negrilla fuera de texto)

En virtud de lo anterior, tal y como fue señalado por la Delegatura, de las consideraciones expuestas por la SSPD se puede concluir que: (i) existe un principio de libre acceso al servicio de disposición final de los residuos; (ii) sólo por razones de índole técnica, se encuentra justificada la restricción al acceso al servicio de disposición final; y (iii) impedir la disposición final de residuos sólidos en los Rellenos Sanitarios a los prestadores del servicio público de aseo resulta ser una restricción indebida a dicho mercado conexo.

Ahora bien, no obstante las anteriores consideraciones resultan suficientes para reprochar la obstrucción de la que fueron objeto los participantes del mercado de aseo de Bogotá en los términos descritos, vale la pena advertir que estando verificado que dichos participantes no cuentan con opciones para prestar el servicio de disposición final de residuos, este servicio se configura como una facilidad esencial cuya privación conduciría a una grave, permanente e irremediable desventaja competitiva¹⁴⁴.

La doctrina de las facilidades esenciales limita la capacidad de los agentes del mercado con posición de dominio sobre una facilidad esencial, de impedir a otros competidores actuales o potenciales acceder a dichas facilidades para competir en el mercado. Así, en virtud de esta doctrina, incurre en un práctica anticompetitiva tendiente a limitar la competencia, en contravención de la prohibición general prevista en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, todo agente del mercado que niegue a un competidor actual o potencial el acceso en términos razonables a una facilidad esencial que aquel controla.

La conducta a la que comúnmente aplica la doctrina de las facilidades esenciales comprende aquellos eventos en que una compañía se niega a proveer acceso a una facilidad esencial a un agente del mercado existente o futuro en el mercado "aguas abajo".¹⁴⁵ El mercado relevante "aguas arriba" es aquel donde se encuentra la facilidad esencial e incluso puede comprender un mercado potencial o hipotético, es decir, no es necesario que la empresa en cuestión esté operando en el mercado "aguas arriba".¹⁴⁶

¹⁴³ Reverso del folio 2148 y 2149 del Cuaderno Público No. 11 del Expediente.

¹⁴⁴ John Temple Lang, "Defining Legitimate Competition: Companies' Duties to Supply Competitors and Acces to Essential Facilities," 18 *Antitrust Law Journal* (1994): 487.

¹⁴⁵ Para ejemplos de la aplicación de la doctrina de facilidades esenciales a este tipo de conductas véase *AT&T Co. v. North Am. Indus., Inc.*, 772 F Supp. 777, 784 (S.D.N.Y. 1991); *Advanced Health Care Servs., Inc. v. Radford Cmty. Hosp.*, 910 F2d 139, 150 (4th Cir. 1990) y *Twin Labs., Inc. v. Weider Health & Fitness*, 900 F.2d 566, 568 (2d Cir. 1990).

¹⁴⁶ En la Unión Europea esta posibilidad ha sido reconocida por la Corte de Justicia en el caso *C-418/01 IMS Health GmbH & Co v NDC Health GmbH & Co* [2004] ECR I-5039, [2004] 4 CMLR 1453, para. 44.

FW

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

Así las cosas, para que la negativa a otorgar acceso a una facilidad esencial pueda ser considerada anticompetitiva se requiere que se verifiquen una serie de elementos de manera concurrente:

- Que la empresa "investigada" controle una facilidad esencial;
- Que la "facilidad" a la que se busca acceso sea indispensable u objetivamente necesaria para un competidor, actual o potencial, en el sentido que no puede ser razonablemente duplicada por el competidor;
- Que la empresa "investigada" deniegue el acceso al competidor;
- Que no exista una justificación objetiva para denegar el acceso a la facilidad esencial; y
- Que negar el acceso a la facilidad esencial conlleve a la eliminación de la competencia efectiva en el mercado relevante.

Para el caso concreto, la conducta que se le atribuye a la UAESP es denegarles a los participantes del mercado el acceso al Relleno Sanitario que aquella controla. Para este Despacho es claro que el relleno sanitario constituye una facilidad esencial cuyo acceso es indispensable para que un competidor pueda acceder de forma efectiva en el mercado de prestación del servicio en la ciudad de Bogotá. Lo anterior, en la medida en que resulta indispensable para los participantes del mercado acceder al componente de disposición de los residuos recolectados.

En este orden de ideas, es claro que sin el acceso al Relleno Sanitario, cualquier empresa de servicios públicos incumbente en el mercado no estaría en posibilidades de prestar el servicio de manera efectiva y se vería forzada a abandonar el mercado.

Adicionalmente, cabe advertir que la privación del acceso al Relleno Sanitario Doña Juana no puede ser suplida con el acceso a otro relleno sanitario, tal como el de NUEVO MONOÑEDO, en tanto que, como se muestra a continuación, los operadores de dicho relleno manifiestan que existían limitaciones técnicas que le impedían atender las solicitudes de acceso de varios operadores a partir del 18 de diciembre de 2012:

"(...) [E]s importante indicar que al RSNM han llegado las siguientes solicitudes de disposición de RS:

ATESA, 21 de noviembre de 2012, para disponer 2.000 toneladas día de RS a partir del 18 de diciembre de 2012, provenientes de las operaciones que adelantarán en Bogotá.

ASEO CAPITAL, 29 de noviembre de 2012, no indica la cantidad de RS para disponer los residuos que recogerá en Bogotá a partir del 18 de diciembre de 2012.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

(...) existen tres solicitudes para recibir como mínimo 2.000 toneladas diarias de RS a partir del próximo 18 de diciembre de 2012 provenientes de Bogotá. Esta recepción es superior a tres veces la cantidad de RS promedio día empleada en el diseño del Relleno, y dos veces la disposición actual. Por esta razón se indicarán las limitaciones técnicas que impiden atender estas solicitudes.

(...) Como se puede apreciar, la recepción de un volumen de residuos superior a 3.000 toneladas día implica una modificación sustancial de los diseños del RSNM, el cual fue concebido para recibir un promedio diario de 660 toneladas día y que hoy está recibiendo un promedio diario de 1.029 toneladas día"¹⁴⁷.

Por las consideraciones anteriores, este Despacho concluye que la negativa de la UAESP a otorgarle acceso al RELLENO SANITARIO DOÑA JUANA a los participantes del mercado conlleva a la eliminación efectiva de los competidores en el mercado relevante, comoquiera que dicho acceso es indispensable e insustituible para la prestación del servicio de aseo en Bogotá. Así, este Despacho concluye que con esta conducta, la UAESP infringió lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 al ejecutar conductas que tuvieron como objeto y como efecto bloquear la entrada y permanencia de competidores en el mercado.

11.3.5.2.3. Sobre la obstrucción a la facturación conjunta

Este Despacho constató con los medios de prueba obrantes en el expediente, que con la negativa a suscribir los respectivos convenios de facturación conjunta, la EAB y la UAESP generaron una nueva barrera a la entrada al mercado con la potencialidad de excluir del servicio de aseo en Bogotá a los posibles participantes incumbentes y a los potenciales entrantes.

Para describir la forma en que se configuró este cargo, se iniciará definiendo el concepto de facturación conjunta, indicando los fundamentos legales que disponen la obligación de las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios de suscribir convenios de facturación conjunta con las empresas prestadoras de los servicios públicos de saneamiento básico que lo soliciten. A continuación, se presentará la evidencia obtenida por la Delegatura que da cuenta de la obstrucción ejercida por la UAESP y la EAB al negar las solicitudes de facturación conjunta sometidas a su consideración por los operadores privados.

El artículo 147 de la Ley 142 de 1994 señala lo siguiente:

"Las facturas de los servicios públicos se pondrán en conocimiento de los suscriptores o usuarios para determinar el valor de los bienes y servicios provistos en desarrollo del contrato de servicios públicos.

En las facturas en las que se cobren varios servicios, será obligatorio totalizar por separado cada servicio, cada uno de los cuales podrá ser pagado independientemente de los demás con excepción del servicio público domiciliario de aseo y demás servicios de saneamiento básico. (...)"

¹⁴⁷ Comunicación del 11 de diciembre de 2012, obrante a folios 3568 a 3569 del Cuaderno Público No. 17 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

Tal y como lo señaló la Delegatura, los convenios de facturación conjunta fueron diseñados como mecanismos que buscan garantizar el efectivo recaudo y prestación de los servicios de saneamiento básico (aseo y alcantarillado), toda vez que la naturaleza particular de estos servicios impide que la facturación, el recaudo y la suspensión se efectúen como cualquier otro servicio público domiciliario.

Los servicios de saneamiento básico requieren que la facturación se realice de manera conjunta, es decir, atada a otros servicios cuya suspensión resulta posible, debido a la imposibilidad técnica de corte por mora en el pago. Algunas de las principales razones tienen que ver con la no suspensión de la recolección, debido al impacto sobre la salubridad pública y la salud humana, así como con la enorme dificultad de la individualización del usuario.

La facturación conjunta se ha concebido como un asunto de orden legal, sujeto a regulación y de obligatorio cumplimiento para todas las empresas prestadoras de los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo. Al respecto, el artículo 4 del Decreto 2668 de 1999 estableció la obligación de facturar conjuntamente los servicios públicos de alcantarillado y aseo, así como la de suscribir convenios de facturación conjunta, en los siguientes términos:

"ARTÍCULO 4. OBLIGACIONES. Será obligatorio para las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios, facturar los servicios de alcantarillado y aseo, como también suscribir el convenio de facturación conjunta, distribución y/o recaudo de pagos; así como garantizar la continuidad del mismo, si son del caso, salvo que existan razones técnicas insalvables comprobables que justifiquen la imposibilidad de hacerlo. Esta justificación se acreditará ante la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

El prestador que asuma estos procesos, por libre elección del prestador del servicio de aseo y/o alcantarillado, no podrá imponer condiciones que atenten contra la libre competencia ni abusar de una posible posición dominante". (Negrilla fuera de texto)

De manera similar a lo planteado en el numeral anterior sobre facilidades esenciales, la facturación conjunta es un elemento indispensable para la prestación del servicio público de aseo, en la medida en que si un prestador de tal servicio no cuenta con un convenio de facturación conjunta, se ve imposibilitado para realizar recaudo efectivo, lo cual pone en riesgo su sostenibilidad financiera. Además, queda inhabilitado o impedido para prestar el servicio a sus usuarios, lo cual podría traer como consecuencia su salida del mercado.

Según la SSPD, la obligación de suscribir convenios de facturación conjunta tiene como finalidad mantener la viabilidad financiera de los prestadores de los servicios públicos domiciliarios de saneamiento básico y, así mismo, garantizar la continuidad de dichos servicios, puesto que no es viable, de ninguna forma, la suspensión de la prestación de estas actividades por razones de salubridad pública¹⁴⁸. Para la mencionada entidad, la normatividad sobre facturación conjunta y su acatamiento constituyen la salvaguarda de

¹⁴⁸ Folio 1 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

HW

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

la continuidad de la prestación del servicio público domiciliario de aseo y de los derechos de los usuarios¹⁴⁹.

En el mismo sentido, la CRA manifiesta que es derecho de las empresas prestadoras del servicio de aseo suscribir un convenio de facturación conjunta que le permita la posibilidad de cobro, pues de no contar con el mismo, podría encontrarse en desventaja frente a otros prestadores de aseo que sí lo tienen, por lo que no puede cercenarse este derecho¹⁵⁰.

En línea con lo anterior, el artículo 2 del Decreto 1987 de 2000¹⁵¹ dispone:

"ARTÍCULO 2. OBLIGACIÓN DE FACTURAR. *Las entidades de servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo, suscribirán el convenio de facturación conjunta, distribución de ésta y/o recaudo de pago, y prestarán este servicio a las personas prestadoras de servicios de saneamiento básico, de conformidad con la regulación que al respecto expida la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, en los términos del artículo cuarto del presente decreto y ejecutarlo en la forma convenida, sin perjuicio de que este servicio se pueda contratar con empresas prestadoras de otros servicios públicos domiciliarios.*

PARÁGRAFO 1º. *El presente artículo no será aplicable a aquellas entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios que, por razones técnicas insalvables, justifiquen la imposibilidad de hacerlo ante la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios*¹⁵². (Subrayas fuera del texto original).

Al respecto, el artículo 4 del Decreto 1987 en mención, contiene disposiciones de carácter especial relacionadas con la facturación conjunta que deberán ser atendidas por las personas prestadoras de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo, correspondiéndole a la CRA¹⁵³.

"Artículo 4º. Competencia. *La Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, regulará las condiciones generales y particulares con arreglo a las cuales las empresas concedentes y solicitantes deberán celebrar los convenios de que trata el artículo segundo de esta disposición.*"¹⁵⁴.

Atendiendo a las facultades otorgadas en la norma anterior, mediante Resolución CRA No. 151 de 2001, modificada por la Resolución CRA No. 422 de 2007, se establecieron las condiciones mínimas del convenio de facturación conjunta y el procedimiento a

¹⁴⁹ Reverso del folio 4 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

¹⁵⁰ Folio 6542 del Cuaderno Público No. 31 del Expediente.

¹⁵¹ "Por el cual se reglamenta el artículo 11 de la Ley 142 de 1994 y se dictan otras disposiciones".

¹⁵² Decreto 1987 de 2000 "Por el cual se reglamenta el artículo 11 de la Ley 142 de 1994 y se dictan otras disposiciones".

¹⁵³ Resolución CRA No. 631 de 2013. Folio 6520 del Cuaderno Público No. 31 del Expediente.

¹⁵⁴ Decreto 1987 de 2000 "Por el cual se reglamenta el artículo 11 de la Ley 142 de 1994 y se dictan otras disposiciones".

NW

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

seguir a efectos de suscribir dicho convenio entre el prestador solicitante y el concedente¹⁵⁵.

De la normatividad citada se desprende que, efectivamente, la suscripción del convenio de facturación conjunta es una obligación legal para el prestador del servicio de acueducto al que le es solicitado, y que a pesar de que dicho convenio pueda ser suscrito con otro prestador de servicios públicos domiciliarios, este hecho no justifica el incumplimiento de la norma. Además, la regulación es clara en indicar que la única razón por la cual una empresa de acueducto y alcantarillado puede negarse a suscribir un convenio de facturación conjunta, es la existencia de motivos técnicos insalvables debidamente justificados ante la SSPD.

De lo anteriormente expuesto, se puede concluir que:

- La suscripción de convenios de facturación conjunta para la prestación del servicio de aseo es de carácter obligatorio.
- El prestador del servicio de aseo puede escoger libremente el potencial prestador concedente con el que desea suscribir el convenio de facturación conjunta.
- Sólo por razones técnicas insalvables comprobables, se justifica la negativa a suscribir dichos convenios.
- Negarse a celebrar un acuerdo de facturación conjunta cuando no se fundamenta en razones técnicas, resulta restrictivo de la competencia, en la medida en que imposibilita al solicitante el efectivo recaudo por la prestación del servicio, afectando, o incluso, impidiendo su entrada o permanencia en el mercado.

En el siguiente cuadro se resume cada una de las etapas a seguir para el proceso de solicitud del servicio de facturación conjunta:

Cuadro No. 4. Etapas del proceso de solicitud del servicio de facturación conjunta

Etapas de Negociación Directa

| | |
|-------------------------------------|--|
| Presentación de la solicitud | La persona prestadora solicitante deberá presentar ante la potencial persona prestadora concedente una solicitud formal de facturación conjunta de la cual deberá enviar copia mediante oficio a la CRA, que incluya las condiciones establecidas en el artículo 1.3.22.3.1. |
|-------------------------------------|--|

¹⁵⁵ El artículo 1.2.1.1 de la Resolución CRA No. 151 de 2001, modificado por el artículo 1 de la Resolución de la CRA No. 162 de 2001, modificado por el artículo 1 de la Resolución CRA No. 271 de 2003. Define: *Persona prestadora solicitante*: Es la persona prestadora que presta el o los servicios de saneamiento básico y que requiere facturar en forma conjunta con otra persona prestadora de acuerdo con lo establecido en el artículo 147 de la Ley 142 de 1994. *Persona prestadora concedente*: Es la persona prestadora que a juicio de la persona prestadora solicitante brinda o tiene las condiciones para poder facturar en forma conjunta.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

Competencia para conocer de la solicitud Dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud, la persona prestadora solicitante deberá remitir a la CRA copia de la misma y de todos los documentos que la componen, indicando la fecha de recibo por parte de la potencial persona prestadora concedente.

Respuesta a la solicitud, requerimientos o inicio de la etapa de negociación directa

- La potencial persona prestadora concedente tendrá diez (10) días hábiles, contados a partir del recibo de la solicitud, para informar a la persona prestadora solicitante, si la ha recibido con la totalidad de los documentos.
- En caso de que la persona prestadora concedente considere que no ha sido entregada en debida forma la información, ésta o la solicitante podrán elevar consulta a la CRA para que verifique la existencia de dichos requisitos dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes al recibo de la respectiva solicitud.
- Recibida la información en su totalidad con todos los requisitos que contempla la solicitud formal del servicio de facturación conjunta o verificados el lleno de los requisitos por la CRA, las partes darán inicio a la etapa de negociación directa, para lo cual dispondrán de un término de treinta (30) días hábiles.
- Tanto la persona prestadora solicitante, como la potencial persona concedente, deberán mantener informada a la CRA de todas y cada una de las solicitudes, discusiones, acuerdos, controversias presentadas, el avance y estado de la negociación entre ellas, tendientes a la suscripción del convenio, so pena de las sanciones previstas en el artículo 81 de la Ley 142 de 1994, conforme a la Resolución CRA 396 de 2006, sin necesidad de requerimiento alguno.

Culminación de la etapa de negociación directa Vencido el término previsto para adelantar la negociación directa, tanto la persona prestadora solicitante como la potencial persona prestadora concedente, deberán informar por escrito a la CRA y a la SSPD, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes al vencimiento del término establecido para la respectiva negociación, sobre el estado y avance definitivo de las negociaciones, aportando el modelo de costos objeto de la negociación con los soportes de los mismos basado en la metodología prevista en la Sección 1.3.23 de la Resolución CRA 151 de 2001, indicando de manera general los acuerdos, desacuerdos y sus causas generadoras; igualmente, deberán presentar una propuesta económica debidamente sustentada, para efectos de solucionar sus diferencias.

No obstante, el Comité de Expertos de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, podrá convocar a las partes, para que expongan sus posiciones finales al momento de la culminación de la etapa de negociación directa, dentro del término de cinco (5) días hábiles siguientes a la recepción de la información del estado de las negociaciones.

Imposición de las condiciones del servicio de facturación conjunta

Cumplidos los plazos señalados, en el evento de no suscribirse convenio de facturación conjunta, la CRA, previa solicitud de parte, fijará mediante acto administrativo, las condiciones que debe regir el servicio de facturación conjunta.

Fuente: Resolución CRA No. 422 del 29 de mayo de 2007 "Por la cual se complementa el artículo 1.3.22.1 y se modifica el artículo 1.3.22.3 de la Resolución CRA 151 de 2001"

Ahora bien, este Despacho verificó que la UAESP y la EAB dieron respuesta negativa a las solicitudes de convenios de facturación conjunta realizadas por las empresas participantes del mercado. En efecto, RECOLECCIÓN Y ASEO S.A. E.S.P. (en adelante "RECOLECCIÓN & ASEO"), ASEO INTERNACIONAL S.A. E.S.P. (en adelante "ASEO INTERNACIONAL"), SERVIGENERALES S.A. E.S.P. (en adelante

W

RESOLUCIÓN NÚMERO 2 5 0 3 6 DE 2014 Hoja No. 87

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

"SERVIGENERALES"), LIME y ASEO CAPITAL solicitaron a la EAB la celebración de convenios de facturación conjunta, en las fechas que se ilustran en la siguiente tabla:

Tabla No. 2. Solicitud del servicio de facturación conjunta a la EAB

| Empresa solicitante | Fecha de radicación de la solicitud en la EAB |
|---------------------|---|
| RECOLECCIÓN & ASEO | 26 de diciembre de 2011 ¹⁵⁶ |
| ASEO INTERNACIONAL | 13 de septiembre de 2012 ¹⁵⁷ |
| ASEO CAPITAL | 14 de septiembre de 2012 ¹⁵⁸ |
| SERVIGENERALES | 14 de septiembre de 2012 ¹⁵⁹ |
| LIME | 12 de octubre de 2012 ¹⁶⁰ |

Fuente: Folios 2133 a 2139 del Cuaderno Público No. 11 del Expediente. Resoluciones CRA Nos. 631 de 2013, 638 de 2013, 639 de 2013 y 642 del 12 de 2013.

Copia de las anteriores solicitudes fueron remitidas a la CRA en cumplimiento de la Resolución CRA No. 422 de 2007¹⁶¹, mediante la cual se establecen las directrices que se deben adelantar en las actuaciones tendientes a que la Comisión conozca a través de las personas prestadoras, las negociaciones sobre los convenios de facturación conjunta que se surtan entre ellas para que, en caso de no llegar a un acuerdo, sean impuestas las condiciones particulares del servicio por parte de la CRA¹⁶².

Tal como lo advirtió la Delegatura, una vez agotadas las etapas del proceso de solicitud del convenio de facturación conjunta presentadas por ASEO INTERNACIONAL, ASEO CAPITAL, SERVIGENERALES y LIME ante la EAB, y dado que las partes no lograron llegar a un acuerdo ante la negativa de esta última, ello supuso la intervención de la CRA, en ejercicio de la facultad establecida en el numeral 5 del artículo 1.3.22.3. de la Resolución CRA No. 151 de 2001, modificado por el artículo 2 de la Resolución CRA No. 422 de 2007, el cual dispone:

"5. Imposición de las condiciones del servicio de facturación conjunta. Cumplidos los plazos señalados, en el evento de no suscribirse convenio de facturación conjunta, la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, previa solicitud de parte, fijará mediante acto administrativo, las condiciones que debe regir el servicio de facturación conjunta (...)"¹⁶³. (Negrilla fuera del texto).

Así las cosas, la CRA estableció las condiciones del convenio de facturación conjunta entre las partes, a través de las siguientes resoluciones:

¹⁵⁶ Folio 2133 del Cuaderno Público No. 11 del Expediente.

¹⁵⁷ Folio 6560 del Cuaderno Público No. 31 del Expediente.

¹⁵⁸ Reverso del folio 6573 del Cuaderno Público No. 31 del Expediente.

¹⁵⁹ Reverso del folio 6604 del Cuaderno Público No. 32 del Expediente.

¹⁶⁰ Reverso del folio 6523 del Cuaderno Público No. 32 del Expediente.

¹⁶¹ Resolución CRA No. 422 del 29 de mayo de 2007 "Por la cual se complementa el artículo 1.3.22.1 y se modifica el artículo 1.3.22.3 de la Resolución CRA 151 de 2001".

¹⁶² Reverso del folio 6535 del Cuaderno Público No. 31 del Expediente.

¹⁶³ Reverso del folio 6523 del Cuaderno Público No. 31 del Expediente.

W

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

*situación, se considera inoportuno hacer el análisis de una solicitud diferente cuando ya se encuentra en ejecución un acuerdo que recoge las expectativas de su solicitud*¹⁷¹.

- **Argumentos de la EAB en el recurso de reposición contra la Resolución CRA No. 631 de 2013,**

*"(...) [L]a UAESP y la firma LIMPIEZA METROPOLITANA LIME S.A. ESP., suscribieron el 19 de noviembre (sic) de 2012 el Contrato de Operación N° 261 para la operación del servicio de aseo en la zona 1 (...) Por ende, en el contrato de operación referido, LIMPIEZA METROPOLITANA LIME S.A. ESP no asumió la obligación de la facturación del servicio prestado, por el contrario, en el contrato 261 las partes (UAESP-ESP y LIME-S.A. ESP), pactaron que la facturación del servicio de aseo la realizará la EAAB, razón por la que la Resolución objeto de este recurso pierde su razón de ser, y por ende, no existe causa legal que la justifique"*¹⁷².

- **Argumentos de la EAB frente a las solicitudes de facturación conjunta de los cuatro prestadores solicitantes, en razón a la expedición del Decreto 564 de 2012**

*"(...) es pertinente que la firma LIME S.A. E.S.P. acredite la celebración del correspondiente contrato con el Distrito Capital (UAESP-o la EAAB-E.S.P) de modo que pueda seguirse con el trámite de suscripción del convenio de facturación conjunta"*¹⁷³.

A su vez, mediante oficio radicado con el No. 2013-321-001080-2 del 19 de marzo de 2013, con respecto a la solicitud de ASEO INTERNACIONAL, la EAB señaló:

*"(...) es pertinente recalcar que ASEO INTERNACIONAL, previo al trámite de solicitud de modificación o de celebración del nuevo convenio de facturación conjunta para incluir usuarios del Distrito Capital, debe acreditar la suscripción del contrato para la prestación del servicio de aseo con el Distrito Capital (UAESP-o la EAAB-E.S.P) de manera que esté habilitado para prestar el respectivo servicio de aseo"*¹⁷⁴.

Con respecto a ASEO CAPITAL, mediante escrito radicado con el No. 2013-321-001079-2 del 19 de marzo de 2013¹⁷⁵, la EAB manifestó:

"Conviene también tener en cuenta que el señor Alcalde Mayor de Bogotá D.C, a través del Decreto 564 del 10 de diciembre de 2012 (...) fijó como exigencia para la suscripción de convenios de facturación conjunta, el que previamente se hubiera suscrito contratos para la prestación del servicio público de aseo con el Distrito Capital.

Nótese que el contrato celebrado por CONSORCIO ASEO CAPITAL no es un contrato de prestación de servicio de aseo, sino que es un contrato de operación del servicio, por lo que dando aplicación a lo establecido en el Decreto 564 tampoco se podría

¹⁷¹ Reverso del folio 6574 del Cuaderno Público No. 32 del Expediente.

¹⁷² Reverso del folio 6540 del Cuaderno Público No. 31 del Expediente.

¹⁷³ Folio 6524 del Cuaderno Público No. 31 del Expediente.

¹⁷⁴ Folio 6551 del Cuaderno Público No. 31 del Expediente.

¹⁷⁵ Reverso del folio 6581 del Cuaderno Público No. 32 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

suscribir convenios de facturación conjunta con el mencionado Consorcio, hasta tanto no ostente la calidad de prestador del servicio con ocasión de un contrato suscrito con el Distrito Capital.

Por lo anterior y al haber expuesto las razones que impiden a la EAAB-ESP., la celebración de un convenio de facturación conjunta con el consorcio ASEO CAPITAL, de manera respetuosa le solicito declarar terminado el trámite de facturación conjunta". (Negrilla fuera de texto)

- **Argumentos de la EAB frente a la Solicitud de facturación conjunta de RECOLECCIÓN Y ASEO S.A. E.S.P.**

"Teniendo en cuenta lo manifestado por la UAESP, en su comunicación del 10 de febrero de 2012, a la fecha, el Distrito de Bogotá, a través de la UAESP, es el encargado de garantizar el servicio público de aseo en la ciudad, el cual hoy se encuentra concesionado a cuatro (4) operadores, como se mencionó anteriormente, bajo el esquema de establecimiento y otorgamiento de áreas de servicio exclusivo mediante contratos de concesión, contratos que según la UAESP tienen vigencia hasta el próximo 15 de marzo de 2012, razón por la cual, partiendo de la definición de Áreas de Servicio Exclusivo (...) una vez haya sido otorgada contractualmente por el municipio o distrito un área geográfica a una persona prestadora del servicio público de aseo, ninguna otra persona podrá ofrecer los servicios y actividades objeto del contrato, durante un tiempo determinado"¹⁷⁶.

Nótese que la EAB fundamentó su negativa a suscribir el convenio de facturación conjunta con RECOLECCIÓN Y ASEO, en lo conceptuado por la UAESP sobre la supuesta existencia de ASEs en Bogotá, cuando lo cierto es que para aquella fecha, ese esquema había perdido vigencia.

En adición a lo anterior, la UAESP, en comunicación remitida a la EAB con el radicado No. 2012-300-0010621 del 10 de febrero de 2012, bajo el asunto: "*Respuesta de solicitud de orientación en facturación conjunta EAAB*" señala que **debe negarse la solicitud del convenio de facturación conjunta presentada por RECOLECCIÓN Y ASEO**, ya que esa empresa debe acreditar previamente ante la UAESP su condición de prestador autorizado, como se indica a continuación:

"(...) [U]n eventual convenio de facturación conjunta, tal como lo requiere la empresa Recolección y Aseo S.A. ESP, se podría celebrar con la EAAB si la primera fuera un OPERADOR AUTORIZADO por esta entidad, en los términos del artículo 22 de la Ley 142 de 1994 y únicamente en virtud de posterior aprobación del respectivo esquema tarifario por parte de la CRA.

Así entonces, en nuestro criterio, estimamos improcedente que la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá celebre un convenio de facturación con quien no acredite la calidad de Operador autorizado por la UAESP para prestar el Servicio de Aseo en el Distrito Capital"¹⁷⁷.

¹⁷⁶ Folios 2117 a 2118 del Cuaderno Público No. 10 del Expediente.

¹⁷⁷ Reverso del folio 2127 del Cuaderno Público No. 10 del Expediente.

RESOLUCIÓN NÚMERO - 2 5 0 3 6 DE 2014 Hoja No. 91

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

Respecto de la responsabilidad de la UAESP, en adición a lo anterior, se pone de presente un extracto del memorando radicado con el No. 3040001-2012-0191 del 9 de febrero de 2012, remitido por el Jefe de la Oficina de Asesoría Legal de la EAB al Director de Apoyo Comercial de la misma Entidad, bajo el asunto: "Solicitud concepto Convenio Facturación Conjunta" en el que se señala lo siguiente:

"Hemos recibido su comunicación (...) la cual solicita se emita concepto sobre el procedimiento a seguir por parte de la Empresa frente a la solicitud de facturación conjunta del servicio público Domiciliario de Aseo efectuada por (...) Recolección y Aseo S.A ESP realizada el pasado 26 de diciembre de 2011.

(...)

La EAAB (...) remitió la solicitud efectuada a la UAESP con el fin de buscar orientación para proceder frente a la mencionada solicitud. (...)

La UAESP, mediante comunicación No. 2012 4800001061 del 5 de enero (sic) de 2012, dio respuesta a la solicitud efectuada por la Empresa, en la que manifestó:

"(...) que en la actualidad y con la celeridad que demanda el tema, la Unidad está analizando las diferentes estrategias para reglamentar el esquema de prestación de servicio de aseo de la ciudad una vez terminen los contratos vigentes de prestación el próximo 15 de marzo de 2012.

Igualmente solicitó a la EAAB-ESP "abstenerse de firmar nuevos convenios de facturación conjunta, hasta que la Unidad no reglamente los términos de prestación del servicio de aseo a partir del próximo 15 de marzo de 2012 (...)"¹⁷⁰.

Como puede observarse, la comunicación transcrita da cuenta de la clara instrucción dada por la UAESP a la EAB de abstenerse de firmar nuevos convenios de facturación conjunta, hasta que la UAESP reglamentara los términos de prestación del servicio de aseo. Como se demostró líneas arriba, en atención a dicha instrucción la EAB negó las solicitudes del servicio de facturación conjunta que le habían sido presentadas por empresas dispuestas a prestar el servicio público de aseo en Bogotá.

En suma, de las anteriores evidencias puede observarse que la EAB y la UAESP expusieron diferentes argumentos para negarse a suscribir los convenios de facturación conjunta solicitados por los participantes del mercado, los cuales se resumen a continuación:

- ASEO INTERNACIONAL y SERVIGENERALES no son prestadores del servicio de aseo en Bogotá.
- Existe un convenio de facturación conjunta vigente entre la EAB y CUPIC, que actúa en nombre y representación de ASEO CAPITAL y LIME.

¹⁷⁰ Folios 2119 y 2120 del Cuaderno Público No. 10 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

- En diciembre de 2012, ASEO CAPITAL y LIME celebraron contratos de operación del servicio de aseo en zonas establecidas con la UAESP, en los que no asumen la facturación del servicio prestado al ser ellos subcontratistas de una entidad del Distrito y no prestadores del servicio.
- En virtud de los referidos contratos de operación, ASEO CAPITAL y LIME no son prestadores del servicio de aseo en Bogotá.
- Como requisito para solicitar y suscribir un convenio de facturación conjunta, los solicitantes deben acreditar la celebración de un contrato para la prestación del servicio de aseo con el DISTRITO, de conformidad con el artículo 13 del Decreto Distrital 564 de 2012.
- Existen ASEs vigentes que impiden nuevos convenios de facturación conjunta.

Frente a lo anterior, para este Despacho es claro que las razones expuestas por la EAB y la UAESP para no suscribir los convenios de facturación conjunta solicitados no corresponden a razones técnicas insalvables que justifiquen la imposibilidad de hacerlo, de conformidad con las disposiciones de la CRA.

Por consiguiente, este Despacho acogerá la posición de la Delegatura en el sentido de que dicha conducta se configuró como una barrera de entrada y un elemento coercitivo al momento de negociar contratos en diciembre de 2012 para los solicitantes, toda vez que con excepción de CIUDAD LIMPIA, ninguno de ellos participa **como prestador** en el mercado de aseo en Bogotá a pesar de que éste se encuentra operando bajo libre competencia. De hecho, está demostrado que ATESA fue excluido totalmente del mercado a raíz de las conductas desplegadas por los investigados y en la actualidad no desarrolla la actividad de servicio público de aseo ni siquiera en la calidad de operador subcontratista, como lo hacen actualmente LIME y ASEO CAPITAL.

11.3.5.2.4. Conclusión sobre las conductas anticompetitivas

Se encuentra plenamente acreditado en el expediente lo siguiente:

(i) El esquema de prestación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá a partir del 16 de septiembre de 2011 es el de libre competencia pura y simple, todo de conformidad con lo dispuesto por la Ley 142 de 1994;

(ii) Los investigados decidieron desconocer deliberadamente los procedimientos establecidos por el artículo 6 de la Ley 142 de 1994, para que un municipio pueda prestar servicios públicos de forma directa y exclusiva, y con ello, adoptaron un esquema diseñado y ejecutado para adquirir el control del 100% de la prestación del servicio en la ciudad de Bogotá, y para excluir a los demás competidores interesados en ofrecer sus servicios en el mercado relevante.

(iii) Las empresas que venían suministrando el servicio desde hace más de nueve años manifestaron su interés en continuar prestándolo en libre competencia una vez finalizados sus contratos de concesión el 17 de diciembre de 2012;

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

(iv) Los investigados generaron y erigieron barreras artificiales de acceso al mercado de prestación del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá que obstruyeron la libre participación de los agentes que venían prestando el servicio

(v) Las barreras de entrada impuestas por los investigados a los demás participantes del mercado consistieron en la obstrucción del acceso a elementos esenciales e indispensables para la prestación del servicio, como lo son el acceso al Relleno Sanitario y la negativa a realizar convenios de facturación conjunta.

(vi) La obstrucción ejercida por los investigados tuvo como efecto que participantes del mercado como LIME, ATESA y ASEO CAPITAL se vieran obligados a dejar de participar en el mercado como prestadores del servicio de aseo, bien sea para salir completamente del mercado (como es el caso de ATESA), bien sea para operar como subcontratistas de un operador controlado por el Distrito.

11.3.5.3. Sobre la presunta infracción al numeral 10 del artículo 47 del decreto 2153 de 1992

Este Despacho acoge la recomendación de la Delegatura de ordenar el archivo de la investigación en lo correspondiente a la supuesta infracción del numeral 10 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

Tal y como lo explicó la Delegatura en el Informe Motivado, el numeral 10 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 dispone que todo acuerdo que tenga por objeto o tenga como efecto impedir a terceros el acceso a los mercados o a los canales de comercialización es contrario a la libre competencia. Este Despacho considera que se requiere de la existencia de un acuerdo entre dos o más empresas para que la conducta investigada encuadre dentro de la prohibición prevista en esta norma. Así, si no existe un acuerdo de dos o más voluntades independientes, la conducta investigada no constituye un acuerdo anticompetitivo y, por ende, el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 no está llamada a aplicar en el caso concreto.

En el presente caso, la pruebas que obran en el Expediente demuestran que la UAESP, la EAB y AGUAS DE BOGOTÁ están sujetas a una voluntad común, a saber, el Distrito Capital de Bogotá. La UAESP es una Unidad Administrativa Especial adscrita a la Secretaría de Hábitat del Distrito Capital de Bogotá. Por su parte, la empresa AGUAS DE BOGOTÁ es una subordinada de la EAB, la cual es una empresa industrial y comercial del Estado adscrita a la misma Secretaría de Hábitat del Distrito Capital de Bogotá.

Así las cosas, todas las personas jurídicas a las que se les imputa la conducta prohibida bajo el numeral 10 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 están sujetas a una misma voluntad y, por ende, no son empresas independientes. Por ende, en este caso mal haría el Despacho en determinar que existe un acuerdo entre la UAESP, la EAB y AGUAS DE BOGOTÁ porque no existe un concierto de voluntades independientes y diferenciadas. En efecto, cada una de estos agentes del mercado representa una única voluntad, la del Distrito Capital de Bogotá.

Por las anteriores consideraciones, este Despacho considera que en el presente caso no existe un acuerdo entre la UAESP, la EAB y AGUAS DE BOGOTÁ y, por ende, la

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

conducta investigada no encuadra dentro del supuesto fáctico de la prohibición prevista en el numeral 10 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992. Entonces, este Despacho ordenará el archivo de la presente investigación en relación con los cargos por la supuesta infracción del numeral 10 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

11.4. FRENTE A LAS OBSERVACIONES DE LOS INVESTIGADOS

Frente a las observaciones al Informe Motivado presentadas por los investigados, a continuación este Despacho abordará uno a uno los argumentos que no hayan sido respondidos en consideraciones anteriores. Para este ejercicio, se decidió agrupar los argumentos comunes contenidos en cada uno de los escritos de observaciones al Informe Motivado presentados por los Investigados, clasificándolos en los siguientes subgrupos:

1. Argumentos relacionados con que la conducta se dio en cumplimiento de la orden de la Corte Constitucional.
2. Argumentos relacionados con que la conducta fue una medida de carácter transitorio.
3. Argumentos relacionados con que los investigados siempre respetaron la libre competencia.
4. Argumentos relacionados con la inconveniencia del modelo de libre competencia.
5. Argumentos relacionados con el acceso al relleno sanitario.
6. Argumentos relacionados con la facturación conjunta.
7. Argumentos relacionados con la legalidad del Decreto 564 de 2014.
8. Argumentos relacionados con la aplicación de las excepciones a la libre competencia.

11.4.1. Frente a los argumentos relacionados con que el esquema diseñado y ejecutado por el Distrito era necesario para dar cumplimiento a los Autos 275 de 2011 y 084 de 2012 proferidos por la Corte Constitucional

Los investigados señalan que el Distrito "asumió el control que por antonomasia le corresponde sobre los servicios públicos domiciliarios que se presten en el Distrito, para cumplir con la orden de la Corte Constitucional de incluir en el mercado de aseo a un sector vulnerable de la sociedad capitalina (...)".¹⁷⁹ En efecto, manifiestan que era necesario que el Distrito asumiera el control de la prestación del servicio de basuras en Bogotá a través de un operador público para que fuera posible dar cumplimiento a los Autos 275 de 2011 y 084 de 2012 de la Corte Constitucional.

Los investigados citan en sus comentarios al Informe Motivado el concepto de LUIS EDUARDO AMADOR, experto cuya intervención en este proceso solicitaron, quien en testimonio, y ante la pregunta de la Delegatura sobre si era necesario intervenir el componente de recolección, barrido y limpieza para cumplir con la orden de inclusión de la población recicladora en el mercado de aseo, respondió: "Pues claro, y te digo que el Distrito hubiera podido separar el servicio, pero es más eficiente si lo tienes tú integrado horizontalmente como está, es decir, es más eficiente para el Distrito que

¹⁷⁹ Documento Radicado bajo el No. 12-166930-00459-001, Pág. 7

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

especiales condiciones de vulnerabilidad, en los procesos de contratación destinados a garantizar la prestación del servicio público de aseo.

En este sentido, la Corte indicó:

"(...) [N]o se incluyó por parte de la Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos del Distrito Capital ninguna medida efectiva que permita la participación de la Asociación de Recicladores de Bogotá, como grupo marginado de la sociedad, tendiente al mantenimiento y fortalecimiento de la actividad que han venido desarrollando a través del tiempo, como medio de subsistencia".

Lo anterior en virtud de la naturaleza del Estado Social de Derecho, edificado a partir de la Constitución Política de 1991, la cual impone a las autoridades públicas hacer uso de todos los mecanismos posibles para alcanzar unos niveles de igualdad material trascendiendo más allá de los postulados normativos que contemplan el principio de igualdad en un sentido plano o pasivo. Así, en la mencionada sentencia, la Corte instruye a la administración distrital para la implementación de acciones afirmativas en favor de la población recicladora. Enseña la Corte:

"(...) [E]sta Corporación considera necesario prevenir, en los términos del artículo 24 del Decreto 2591 de 1991, a la Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos del Distrito Capital de Bogotá o a la entidad del Distrito que haga sus veces, para que en futuras ocasiones incluya acciones afirmativas a favor de los recicladores de Bogotá, cuando se trate de la contratación de servicios públicos de aseo, debido a que la actividad que ellos desarrollan está ligada con dicho servicio, a fin de lograr condiciones reales de igualdad y de dar cumplimiento a los deberes sociales del Estado, y que por ningún motivo vuelva a reincidir en las omisiones en que incurrió en la Licitación No. 01 de 2002, respecto a los recicladores de Bogotá.

12. Se EXHORTARÁ al Concejo de Bogotá en lo que respecta a su territorio, para que incluya acciones afirmativas en el proceso de contratación administrativa, a favor de aquellos grupos que por sus condiciones de marginamiento y discriminación requieran de una especial protección por parte del Estado, puesto que la Ley 80 de 1993, no contiene ningún desarrollo del artículo 13 de la Constitución, en el sentido de que las autoridades públicas en los procesos de contratación administrativa adopten medidas afirmativas a favor de tales grupos, lo que redundaría en su perjuicio, pues, como sucedió, en este caso, las autoridades se limitan a dar cumplimiento a lo preceptuado en el Actual Estatuto de la Contratación Administrativa, que al no consagrar medidas de esa especie, conduce a que se desconozca el mandato previsto en el segundo inciso del artículo 13 Superior".

A modo de resumen, en el Auto 268 de 2010, la Corte afirma:

"2.2.9 En conclusión, la orden dada en la sentencia T-724 de 2003 busca la inclusión de medidas de discriminación positiva dentro de la contratación que se adelante cuando quiera que se trate del servicio público de aseo, debido a la actividad que realizan los recicladores, de la que se destaca su función ambiental."

Ahora bien, en el citado auto de 2010, la Corte, en beneficio y como fundamento de las acciones afirmativas y de los sujetos destinatarios de las mismas, argumenta:

"(...) [L]a Constitución reconoció la existencia de situaciones que deben ser efectivamente mitigadas a favor de ciertos grupos, para que el goce de los derechos y libertades sea ejercidos por todas las personas de igual forma. Por lo anterior, en

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

su jurisprudencia, esta Corporación ha denotado la existencia de una cláusula de igualdad que implica tanto una esfera de abstención como de actuación por parte de las autoridades públicas y, en ciertos casos, por los particulares."

*Bajo este contexto, la Corte expone de manera escueta las órdenes concretas que debía seguir el Distrito Capital en aras de dar efectivo cumplimiento a lo dispuesto en la sentencia T-724 de 2003. Así, en el aparte de **Órdenes concretas** del Auto 275 de 2011¹⁸², efectúa algunas instrucciones al **DISTRITO**. Ahora bien, a pesar de ello, la Corte en su exposición no plantea mecanismos concretos para lograr el objetivo referido pues únicamente se limita a afirmar la importancia de que la población recicladora sea incluida en los procesos de contratación relacionados con la prestación de los servicios públicos de aseo, específicamente en lo que tiene que ver con el componente de aprovechamiento, con base en la cláusula del Estado Social de Derecho que se manifiesta en la materialización del derecho a la igualdad y el derecho al trabajo. Esto se comprende cuando indica:*

"(...) [L]a Corte no debe fijar una política o medida concreta, pues debe ser respetuosa con las facultades de cada autoridad pública..."

No obstante, en el Auto 268 de 2010, la Corte acomete una explicación sintética que desarrolla el concepto de las acciones afirmativas cuando esboza:

"(...) [D]ichas acciones son cargas sociales legítimas frente a situaciones materiales de excusión, que buscan remover los obstáculos que configuran las desigualdades. El presupuesto de estas acciones, que son fruto de obligaciones que por mandato de la Constitución debe cumplir el Estado, así como la sociedad, se encuentra en situaciones históricas, como las discriminaciones".

En este sentido, es válido afirmar que las acciones afirmativas son mecanismos tendientes a alcanzar niveles de igualdad material adecuados teniendo en cuenta los postulados constitucionales al respecto.

(...)

Sobre este punto, vale traer a discusión el denominado test de proporcionalidad implementado por la Corte para determinar la legitimidad de una medida desde la perspectiva constitucional¹⁸³. Este test se descompone en cuatro pasos, a saber:

- La constitucionalidad de la finalidad buscada: se refiere a la determinación de si la finalidad buscada con la medida es constitucionalmente importante.*
- La idoneidad de la medida a implementar: se refiere a la determinación del nivel de adecuación que tiene la medida en relación con la finalidad que se busca, esto es, el grado de correspondencia entre medio y fin.*
- La necesidad de la medida a implementar: se refiere a la determinación del grado de indispensabilidad de la medida en relación con la finalidad buscada. Así, se debe analizar la pertinencia de otras medidas, que también procuren o conduzcan a la obtención de la finalidad buscada, que puedan ser consideradas menos perjudiciales.*

¹⁸² Ver apartes 111, 112 y 116 del referido Auto 275 de 2011.

¹⁸³ Ver Sentencia C-470 de 2011, entre otras.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

- *La proporcionalidad en sentido estricto: se refiere a aquel balance que debe hacerse respecto de los beneficios y los costos que puede acarrear la materialización de la medida.*

*Ahora bien, aplicando el test de proporcionalidad al caso en concreto, esto es, a la implementación de un nuevo esquema para la prestación del servicio de aseo en Bogotá, es necesario aceptar que, respecto del **primer paso del test**, la finalidad presuntamente buscada con la medida está amparada en los principios constitucionales de solidaridad e igualdad, específicamente en lo que tiene que ver con la población recicladora.*

*Ahora bien, en relación con el **segundo paso del test**, es decir, la idoneidad de la medida, se puede afirmar, preliminarmente, que la implementación de un nuevo esquema para la prestación del servicio de aseo puede conducir a la inclusión efectiva de la población recicladora, lo cual permitiría atemperar las condiciones que facilitan la discriminación y vulnerabilidad que padece este grupo social.*

Respecto del tercer paso, esto es, la necesidad de la implementación de un nuevo esquema para la prestación del servicio de aseo, por el contrario, se puede afirmar que tal medida no es la única que puede ser desarrollada para lograr una inclusión eficaz de los recicladores. Así, hay otras medidas que pueden contribuir de forma relevante a disminuir las condiciones de discriminación, vulnerabilidad y desigualdad de las que es víctima la población recicladora, que supondrían menos alteraciones a la estructura de la prestación del servicio de aseo y que, por lo tanto, podrían ser consideradas como menos gravosas. De esta manera, la incorporación de condiciones y caracteres estructurales especiales en beneficio de los recicladores en los procesos de contratación administrativa para la prestación del servicio de aseo no implica de ninguna forma la infracción a las normas sobre libre competencia.

Tales condiciones no necesariamente implican la elaboración de un esquema completamente novedoso que transgreda o perjudique derechos de terceros que de otro modo no se verían afectados en tal magnitud. Teniendo en cuenta que la medida implementada no es la única capaz de lograr la finalidad buscada, esto es, la inclusión de la población recicladora en aras de garantizar los derechos a la igualdad, el trabajo, así como el principio de solidaridad connatural al Estado Social de Derecho contemplado en la Constitución Política, la implementación de un nuevo esquema para la prestación del servicio de aseo, en sus distintos componentes, se podría considerar inconstitucional por el desbordamiento de las características esenciales de las acciones afirmativas al afectar gravemente los derechos de terceros extrapolando la fuerza jurídico-normativa del precepto constitucional contenido en el artículo 13 de la Carta Política.

Así las cosas, respecto del cuarto, y último, paso del test, esto es, el análisis de proporcionalidad en sentido estricto, no es procedente entrar a resolver sobre el mismo toda vez que, como ya explicó, la medida sub examine no logra superar el tercer elemento del test de proporcionalidad.

Por el contrario, las providencias de la Corte Constitucional que ordenaron la implementación de acciones afirmativas en beneficio de la población recicladora se materializarían a través de la incorporación, en los procesos licitatorios, de condiciones de diferenciación positiva que permitieran la nivelación respecto de las condiciones sociales que generaban las circunstancias de segregación y vulnerabilidad a cargo de los recicladores. (Subrayas fuera del texto original)

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

Tal mandato de la Corte debe estar sujeto a una interpretación sistemática, esto es, ajustada de forma armoniosa con las diversas reglas del ordenamiento jurídico que gobiernan el asunto en cuestión, lo cual implica la imposibilidad de desviarse, sin mayor consideración, de los lineamientos establecidos por ellas. Por lo anterior, no es razonable indicar que la orden del juez constitucional facultaba a la administración distrital a sobrepasar los límites establecidos por la Ley en lo referido al esquema para la prestación del servicio público de aseo. Lo anterior si se tiene en cuenta lo afirmado en el Auto 275 de 2011, cuando se dice:

"El esquema que contenga las mencionadas acciones positivas en favor de los recicladores se podrán incluir a nivel de regulación distrital, en el plan de gestión integral de residuos sólidos -PGIRS-, siempre que su ejecución se materialice en el corto plazo, en los procesos de concesión y/o contratación de servicios de aseo, así como en la prestación misma de los mencionados servicios públicos, de acuerdo con las pautas generales y criterios ya señalados por esta Corporación en sus diferentes providencias (en especial la sentencia T-724 de 2003 y el auto 268 de 2010), la normatividad vigente y la especificidad del componente de aseo".

(...)

"En ese orden se deberá señalar la manera en que el esquema de libre competencia u otro legalmente posible para los componentes de reciclaje, tratamiento y aprovechamiento se coordinará con otros modelos de operación como la concesión de áreas de servicio exclusivo autorizadas para los componentes de recolección y transporte de residuos no separados o cualquier otro modelo, garantizando alternativas a través de las cuales sectores de la población tradicionalmente marginados, participen de manera real y material en la prestación del servicio público de aseo en sus componentes complementarios de reciclaje, transformación y aprovechamiento". (Subrayas fuera del texto original).

Adicionalmente, afirma la Corte:

"118. Para la Sala es necesario precisar que las medidas de acción afirmativa llamadas a ser dispuestas, pueden representar deberes, cargas u obligaciones para los recicladores en razón a que prestan un servicio público con ingentes beneficios ambientales para el colectivo, tal y como ha sido señalado a lo largo de esta providencia. En ese sentido, el esquema de medidas a cumplir en el corto plazo, de conformidad con la normatividad existente y con las órdenes contenidas en esta providencia, deberá establecer compromisos, cargas y obligaciones en cabeza de los recicladores para su adecuada normalización. Lo anterior, por cuanto la protección especial que merecen como sujetos en condiciones de vulnerabilidad no es obstáculo para disponer acciones de doble vía, dada la naturaleza del servicio público domiciliario y esencial del cual participan". (Subrayas fuera del texto original).

Inclusive, la Corte enuncia el margen normativo al cual debe atenerse la administración distrital:

"En ese sentido el interés general está actualmente cubierto y puede seguir estándolo a través de las acciones que para el efecto establezca la Administración Distrital a partir de las herramientas previstas en la Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y 142 de 1994..."

En términos generales la Corte indicó que las acciones afirmativas que se implementaran deberían materializarse a través de condiciones establecidas en los

W

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

pliegos que exhortaran a la constitución de verdaderas empresas de reciclaje conformadas por la población recicladora. En sus términos, en el Auto 268 de 2010, expuso:

"En este orden de ideas y teniendo en cuenta lo señalado en la sentencia T-291 de 2009, la participación de los recicladores, que no sólo debe darse como trabajadores sino como empresarios de las basuras, sólo puede garantizarse si esta circunstancia se constituye como un criterio de calificación adicional a la nacionalidad y a la oferta económica, pues es un incentivo para que los proponentes postulen formas cualitativas de vinculación representativa de esta población. Además, como quiera que de lo que se trata es de reivindicar el trabajo realizado por los recicladores, dadas sus evidentes e indudables funciones ambientales, es necesario que en la licitación se fijen criterios de calificación para el proyecto de aprovechamiento, de tal forma que los proponentes busquen alcanzar hasta el máximo posible de residuos a aprovechar, lo que se relaciona también con la mano de obra recicladora disponible que se requerirá".

Lo anterior se confirma claramente cuando expone:

"Así las cosas, un parámetro que ayuda a determinar si existe o no una inclusión real de la población recicladora, es el establecimiento de medidas que favorezcan formas asociativas y que no sólo permitan la vinculación laboral de estas personas, sino el impulso y apoyo para que se constituyan en empresarios de las basuras. De igual modo, otros elementos que coadyuvan al anterior, radican en que la participación de los recicladores sea un criterio de calificación de los proponentes y, finalmente, que se generen las condiciones -dentro de los términos de referencia de la licitación- para que el aprovechamiento permita la participación efectiva de este grupo poblacional, ya que es precisamente lo que lleva a que ejerzan su trabajo, con el consecuente reconocimiento de su importancia ambiental".

De este modo, la Corte en varias ocasiones, en las providencias mencionadas, indica que la inclusión de la población recicladora, en el proceso licitatorio, deberá estructurarse a través del establecimiento de criterios habilitantes y criterios de calificación que impliquen condiciones diferenciales favorables para tal grupo social.

Elo es claro cuando indica:

"(...) la UAESP deberá, en el término perentorio que se señalará en la parte resolutive de esta providencia, mediante una Adenda, establecer adicionalmente a los criterios de desempate contemplados, modificaciones a los criterios habilitantes, al igual que a los criterios de calificación dentro de la licitación pública 01 de 2010.

2. En este sentido, deberá contemplar como criterios habilitantes, que los proponentes se presenten asociados con una organización de segundo nivel –siguiendo los postulados que ha señalado la UAESP sobre antigüedad, requisitos probatorios de la existencia jurídica, y demás que ha contemplado hasta el momento. Así mismo, deberá incluir dos nuevos criterios de calificación. En primer lugar, la participación accionaria de la organización de segundo nivel dentro del proponente y, en segundo lugar, la magnitud de residuos que se vayan a aprovechar, haciendo especial énfasis en la mano de obra que se requiera dentro del proyecto de aprovechamiento. En cuanto a la fórmula matemática para calcular el puntaje final de cada uno de los proponentes conforme a la totalidad de los criterios de calificación –incluyendo la nacionalidad, la oferta económica y los nuevos que debe contemplar

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

siguiendo los postulados de este Auto-, la UAESP podrá determinarla según las necesidades de la licitación".

Sumado a todo lo anterior, también es procedente manifestar que la propia Corte Constitucional expresó la existencia de un modelo de libre competencia para el esquema de la prestación del servicio público de aseo en la ciudad.

Así, en el Auto 275 de 2011, indicó con rotunda claridad que una vez terminadas las ASE para la prestación del servicio de aseo asignadas en virtud de los contratos de concesión, el modelo para la prestación del servicio que debía empezar a funcionar era el de la libre competencia.

Esto se deduce cuando indica:

"Pues bien, debe precisarse que los contratos de concesión de aseo para los componentes de recolección, transporte, limpieza, poda y corte de césped celebrados por la Administración Distrital en el año 2003, terminaron por expiración del plazo adicional el 15 de septiembre del año en curso y, con ellos la habilitación de áreas de servicio exclusivo en la ciudad, de lo cual se infiere que a partir de esa fecha rige el artículo 40 de la Ley 142 de 1994, que señala la regla general de libre competencia para la operación de estos servicios públicos domiciliarios.

*Así las cosas y dada la suspensión del trámite del proceso de selección de nuevos concesionarios ordenado por la Corte Constitucional, el Distrito suscribió por el mecanismo de urgencia cuatro contratos que actualmente se encuentran en ejecución, por el término de seis meses, estos son: 157E, 158E, 159E, y 160E (AZ 4, folio 474 a 544). A través de ellos, los diferentes operadores se obligan con la Administración Distrital a prestar los componentes de recolección, transporte, limpieza, poda de árboles y corte de césped del servicio de aseo en las (i) **mismas áreas** en las cuales venían operando por virtud de la Resolución CRA 235 de 2002 y (ii) **con las mismas obligaciones**, lo cual significa que sin importar que exista libre competencia, estos operadores están obligados por virtud de los citados contratos a prestar una cobertura en el 100% de la ciudad y frente a todos los estratos, sin que sea posible afirmar en la actualidad que alguna zona de la ciudad esté desprovista del servicio de aseo o que los estratos 1 y 2 hayan dejado de ser atendidos por alguno de estos operadores".*

(...)

Teniendo en cuenta lo anterior se puede afirmar que, si bien es cierto no está vigente verificación alguna de condiciones que autorice áreas de servicio exclusivo, de manera que en la actualidad opera un régimen de libre competencia, lo cierto es que con independencia de qué operadores privados decidan competir por el servicio en determinadas zonas del Distrito, el efecto vinculante de los contratos citados garantiza que aún en situación de libre competencia, toda la ciudad en su conjunto no quede desprovista materialmente de la prestación de estos servicios.

"(...) se deberá señalar la manera en que el esquema de libre competencia u otro legalmente posible para los componentes de reciclaje, tratamiento y aprovechamiento se coordinará con otros modelos de operación como la concesión de áreas de servicio exclusivo autorizadas para los componentes de recolección y transporte de residuos no separados o cualquier otro modelo, garantizando alternativas a través de las cuales sectores de la población tradicionalmente marginados, participen de manera real y material en la prestación del servicio público

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

de aseo en sus componentes complementarios de reciclaje, transformación y aprovechamiento. Este aspecto deberá reflejarse en el esquema de metas a corto plazo señalado en el numeral 105 de esta providencia". (Subrayas y negrilla fuera del texto original).

Es por todo lo anterior que se puede afirmar que la Corte en ninguno de los apartes de las distintas providencias ordena, recomienda o aconseja la formulación de un nuevo esquema de prestación del servicio de aseo en la ciudad. Se limita a exponer la importancia de la nivelación respecto de las condiciones materiales en las que se encuentra la población recicladora, que precisamente son las que generan las condiciones de discriminación y vulnerabilidad social. Tal importancia vislumbra la necesidad por parte de las autoridades distritales encargadas de la planificación, organización y estructuración de los sistemas destinados a la prestación de los servicios públicos de aseo, de implementar acciones afirmativas en el sentido ya indicado en repetidas ocasiones. Así las cosas, cuando la Corte dictamina la implementación de esquema de aseo que incluya a los recicladores no está ordenando la generación de un esquema distinto del que ya existía, sino la modulación y acondicionamiento del mismo para que las circunstancias de segregación y vulnerabilidad de los recicladores se vieran reducidas de forma progresiva.

En este sentido, cuando la Corte en el artículo séptimo del decisorio del Auto 275 de 2011, ordenó a la administración distrital implementar el esquema que considerara pertinente en favor de los recicladores no estaba implicando la implementación de un nuevo esquema que excluyera a los operadores privados o que de cualquier forma infringiera el principio constitucional y legal de libre competencia. Así, tal mandato debe entenderse en el contexto de las providencias precedentes, lo cual impone una interpretación limitada al desarrollo de acciones afirmativas en el marco del proceso licitatorio, sin que de ello pueda deducirse la necesidad de implementar un nuevo esquema, menos un esquema que desborde las reglas y lineamientos contemplados en el ordenamiento jurídico, tal y como argumentan los investigados. Es así que la orden de la Corte Constitucional se limitaba a la implementación de mecanismos de inclusión y organización de la población recicladora a modo de incentivos o condiciones especiales de diferenciación positiva incorporados en los criterios de habilitación, los criterios de calificación y los criterios de desempate de la licitación.

(...)

El juez constitucional exhorta a la administración distrital a que implemente un esquema de forma tal que el componente de aprovechamiento sea manejado por organizaciones de recicladores. Tal orden debe entenderse restringida al contexto en el cual se emitió el mandato, esto es, al desarrollo de acciones afirmativas de inclusión, lo cual no implica, de plano, la necesidad de re-crear un sistema que desborde los lineamientos establecidos por el ordenamiento jurídico en materia de servicios públicos y libre competencia.

Así, en el Auto 275 de 2011, la Corte manifiesta:

"112. En consecuencia, se ordenará al Distrito definir con la colaboración técnica de la CRA -a quien se exhortará para tal efecto-, parámetros especiales que definan cómo serán ofrecidos en la práctica los servicios de reciclaje, tratamiento y aprovechamiento de residuos y, la forma en que la prestación de los mismos deberá ser remunerada, bien a través de la tarifa o bien mediante la fijación de un esquema de precios, de forma que estos componentes sean manejados íntegramente por las organizaciones de recicladores que entren en proceso de regularización".

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

Ahora bien, respecto de la orden de la Corte Constitucional según la cual la administración debía normalizar la prestación del servicio de aseo, vale anotar lo siguiente. La expresión normalizar, incluida en las órdenes de la Corte Constitucional, debe entenderse en su sentido literal. Así, según la Real Academia Española¹⁸⁴ el verbo normalizar tiene los siguientes significados:

1. Regularizar o poner en orden lo que no lo estaba.
2. Hacer que algo se establezca en la normalidad. Normalizar políticamente.
3. Tipificar (ll ajustar a un tipo o norma).

Como es bien sabido, en Derecho, de conformidad con el artículo 28 del Código Civil, las palabras deberán entenderse en su sentido natural y obvio a menos que el legislador expresamente les haya dado una definición distinta. De acuerdo a lo anterior, la expresión normalizar no implica, en ninguna de sus acepciones, ni bajo ninguna interpretación, una alteración de la estructura de la prestación del servicio público de aseo de tal magnitud, que desboque en un perjuicio desmedido a los derechos de terceros, tal y como efectivamente aconteció. La expresión debe entenderse como aquella regularización en la organización de la prestación del servicio público de aseo.

Ahora bien, en el Auto 275 de 2011, la Corte expone:

"110. Por otro lado, la Administración Distrital deberá normalizar en el menor tiempo posible dadas las actuales circunstancias de contratación de urgencia, la prestación del servicio público de aseo en sus componentes de recolección, transporte al sitio de disposición final, barrido, limpieza de vías, corte de césped y poda de árboles, a través del esquema que estime pertinente y atendiendo para el efecto las metas que sean fijadas por el Distrito para entrar a operar en el corto plazo". (Subrayas fuera del texto original).

Enseguida, la Corte afirma:

"111. Para efectos de lograr la regularización del servicio de aseo en los componentes de reciclaje, tratamiento y aprovechamiento, el Distrito podrá hacer uso, entre otras, de la figura legal de "organizaciones autorizadas" para la prestación de servicios públicos domiciliarios, consagradas por el Legislador en el artículo 15, numeral 4 de la Ley 142 de 1994, las cuales en términos de la sentencia C-741 de 2003, no sólo pueden prestar servicios a municipios menores, en zonas rurales y en zonas urbanas específicas, sino competir en cuanto a la prestación de servicios públicos domiciliarios en cualquier lugar del territorio nacional, aspecto al cual fue condicionada la exequibilidad de la citada norma".

De lo cual se puede deducir que la expresión normalizar debe entenderse en relación con la situación de contratación de urgencia sin que se pueda ir más allá otorgándole un significado forzado, tal y como lo hacen los investigadores."

Visto lo anterior, procede este Despacho a responder la cuestión de si el cumplimiento de la orden emitida por la Corte Constitucional de adoptar acciones afirmativas en favor de la población recicladora implicaba el desconocimiento de las normas legales, especialmente las establecidas en la Ley 142 de 1994, sobre la prestación de servicios públicos en Colombia.

¹⁸⁴ Ver: <http://lema.rae.es/drae/?val=normalizar> (Fecha de consulta: 21 de enero de 2014).

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

Sea lo primero señalar que este Despacho no está de acuerdo con la afirmación de los investigados conforme a la cual una autoridad administrativa no puede realizar o practicar un test de proporcionalidad para analizar la legalidad o ilegalidad de una medida. En efecto, el test de proporcionalidad es una herramienta jurídica de análisis encaminada a determinar si una conducta se adecúa o no al ordenamiento jurídico, a través de una metodología que analiza la finalidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida objeto de escrutinio. Dicho test, aceptado por la propia Corte Constitucional, permite a las autoridades judiciales y administrativas ponderar si determinada medida que en apariencia puede conllevar a la colisión de dos principios constitucionales o legales, se ajusta al ordenamiento jurídico, y, por consiguiente, es una herramienta de análisis jurídico que perfectamente puede ser utilizada por una autoridad administrativa para tomar una decisión frente a un aspecto determinado.

Por esta razón, este Despacho considera desacertada la posición del investigado al afirmar que no le es posible a la Superintendencia de Industria y Comercio analizar la finalidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad de una medida, en el marco de una investigación por la presunta infracción al régimen de libre competencia.

Por otra parte, del análisis presentado por la Delegatura frente a este aspecto, y con el cual está de acuerdo este Despacho, es claro que el acatamiento de la orden de la Corte Constitucional de ninguna forma implicaba el desconocimiento de las normas que rigen la prestación de servicios públicos en Colombia, en especial de la Ley 142 de 1994. Es más, la propia Corte Constitucional señaló en el Auto 275 de 2011 que las medidas afirmativas de inclusión de la población recicladora debían ser implementadas de acuerdo con "el esquema de libre competencia y otro legalmente posible", lo cual forzaba que el cumplimiento de la orden de la Corte Constitucional se hiciera mediante el esquema que el Distrito considerara pertinente, pero que en todo caso respetara el régimen legal de prestación de servicios públicos. En efecto, el Auto 275 de 2011 de la Corte señaló:

"En ese orden, se deberá señalar la manera en que el esquema de libre competencia u otro legalmente posible para los componentes de reciclaje, tratamiento y aprovechamiento se coordinará con otros modelos de operación como la concesión de áreas de servicio exclusivo autorizadas para los componentes de recolección y transporte de residuos no separados o cualquier otro modelo, garantizando alternativas a través de las cuales sectores de la población tradicionalmente marginados, participen de manera real y material en la prestación del servicio público de aseo en sus componentes complementarios de reciclaje, transformación y aprovechamiento. Este aspecto deberá reflejarse en el esquema de metas a corto plazo señalado en el numeral 105 de esta providencia."

Así, el cumplimiento de la orden de la Corte Constitucional no implicaba el desconocimiento del régimen de servicios públicos establecido en la Ley 142 de 1994. Tan es así, que la propia Corte manifestó que el Distrito podía implementar las acciones afirmativas que estaba ordenando, a través de un esquema de libre competencia en el mercado, de competencia mediante áreas de servicio exclusivo, o cualquier otro esquema legalmente viable.

Esta afirmación de la Corte ratifica el hecho de que para cumplir con las medidas afirmativas ordenadas por dicha Corporación no era necesario adoptar un esquema

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

que estuviera por fuera de los establecidos en la Ley, y mucho menos uno que los contrariara de forma directa, tal y como ocurrió en este caso. En este orden de ideas, el Despacho acoge la posición de la Delegatura frente a este aspecto, y concluye que el argumento según el cual la conducta del Distrito no es ilegal en la medida en que era necesaria para cumplir la orden de la Corte Constitucional es absolutamente improcedente.

De hecho, si lo que se quería era cumplir con lo ordenado por la Corte, lo procedente era que las acciones afirmativas se implementaran dentro del marco jurídico legal, es decir, dentro de las alternativas establecidas en la Ley de servicios públicos.

Por las anteriores razones, para este Despacho el argumento de que era necesario incumplir la ley de servicios públicos para poder cumplir con la orden establecida por la Corte Constitucional mediante Autos 275 de 2011 y 084 de 2012, es absolutamente improcedente.

11.4.2. Frente a los argumentos relacionados con que la conducta fue una medida de carácter transitorio

Algunos de los investigados coinciden en manifestar que el nuevo esquema de prestación del servicio público de aseo en Bogotá impuesto por la Alcaldía mediante el Decreto 564 del 2012, señaló que el tiempo de duración del régimen transitorio es el que fuese necesario para que se realizara la licitación pública de adjudicación. En el mismo sentido, señalaron que el Convenio 017 de 2012 se celebró con una vigencia de un año, mientras se tramitaba ante la CRA la autorización de áreas de servicio exclusivo y se realizaba la licitación respectiva.

De esta forma, para los investigados el hecho de que el esquema fuese transitorio hacía que el mismo no resultara violatorio del régimen legal colombiano sobre prestación de servicios públicos.

El Despacho considera que el anterior argumento debe ser rechazado de plano, en la medida en que estando demostrado que las conductas realizadas por los investigados violaron las normas de protección de la competencia (artículo 1 de la Ley 155 de 1959), no puede aceptarse como excusa que dicha infracción a la ley se haya realizado transitoriamente, y que, por consiguiente, no puede ser objeto de reproche.

Ciertamente, se recuerda a los investigados que al encontrarse probada una infracción al Régimen de Protección de la Competencia, la Superintendencia de Industria y Comercio está no sólo en la facultad sino tiene el deber de imponer las respectivas sanciones, en cumplimiento de las funciones y atribuciones que le han sido otorgadas por la Ley, incluso en el evento en que dicha infracción sea transitoria, siempre y cuando sea significativa.

Ahora bien, no obstante no puede aceptarse la transitoriedad de la conducta ilegal como excusa de la misma, las evidencias obrantes en el expediente dan cuenta de que el esquema de prestación del servicio público de aseo impuesto en Bogotá desde diciembre de 2012 está lejos de tener el carácter transitorio que alegan los investigados en las observaciones al Informe Motivado.

10

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

En efecto, para este Despacho es claro que la toma de control del servicio público de aseo en Bogotá por parte de los investigados, así como la obstrucción de la que fueron objeto las empresas que estaban dispuestas a ofrecer el servicio, lejos de ser una medida transitoria, estaba diseñada para permanecer en el tiempo. Tan es así, que no solo se excluyeron la mayoría de competidores del mercado de forma deliberada e ilegal, sino que adicionalmente el Distrito frenó todas las iniciativas que supuestamente había contemplado para implementar un esquema de recolección de basuras, diferente al de la prestación directa y exclusiva por parte del municipio. Lo anterior, con fundamento en las siguientes pruebas.

En primer lugar, se encuentra demostrado que no son ciertas las afirmaciones de los investigados frente a que se implementaría un esquema de carácter transitorio de recolección exclusiva por parte del Distrito mientras adelantaba los trámites obligatorios para realizar un nuevo proceso de licitación de ASEs, en la medida en que la UAESP expresamente le manifestó a la CRA su deseo de **no continuar con la actuación administrativa** tendiente a la verificación de motivos que permitieran la inclusión de cláusulas de áreas de servicio exclusivo en el Distrito Capital.

Es así como mediante comunicación del 8 de mayo de 2013, la UAESP presentó ante la CRA la manifestación de no continuar con el trámite de las ASEs. Esta afirmación fue ratificada por el Alcalde Mayor de Bogotá, GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO, quien el 10 de mayo de 2013 manifestó de forma expresa su intención de desistir de la actuación administrativa tendiente a la verificación de motivos que permitieran la inclusión de cláusulas de áreas de servicio exclusivo en Bogotá¹⁸⁵.

En comunicación radicada ante esta Entidad con el No. 12-165930-324 del 1 de noviembre de 2013, la CRA se refirió en los siguientes términos al desistimiento de los trámites necesarios para realizar el proceso de licitación de ASEs:

*"De lo expuesto quedó claro que mediante radicado CRA No. 20133210019962 del 8 de mayo de 2013, la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos – UAESP del Distrito Capital manifestó su deseo de no continuar con la actuación administrativa tendiente a la verificación de motivos que permitan la inclusión de cláusulas de áreas de servicio exclusivo en el Distrito Capital, desistimiento que fue reiterado por el señor Alcalde Mayor del Distrito de Bogotá mediante radicado CRA No. 20133210020752 del 10 de mayo de 2013."*¹⁸⁶

Como consecuencia de dicha solicitud, mediante Resolución UAE – CRA No. 248 del 22 de mayo de 2013, la CRA aceptó el desistimiento presentado por la UAESP, además de reiterar que con la metodología tarifaria actual es posible remunerar la actividad de aprovechamiento.

Como puede observarse, no es cierto que el esquema de prestación del servicio de aseo en Bogotá tenga un carácter transitorio entretanto se adelantan los trámites para la verificación de motivos de las ASEs por parte de la CRA y la correspondiente licitación. Por el contrario, está demostrada la vocación de permanencia de dicho

¹⁸⁵ Oficio CRA No. 20132110007631. Reverso del folio 6477 del Cuaderno Público 31 del Expediente.

¹⁸⁶ Oficio CRA No. 20132110007631. Reverso del folio 6477 del Cuaderno Público 31 del Expediente.

W

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

esquema, en tanto que la UAESP desistió expresamente de esos trámites, tal como lo declaró la CRA mediante Resolución UAE – CRA No. 248 del 22 de mayo de 2013.

Lo no transitoriedad del régimen también se encuentra probada por diversas pruebas puestas de presente por la Delegatura, que incluyen la declaración de OMAR ALBERTO BARÓN AVENDAÑO, Subdirector de Asuntos Legales de la UAESP, quien manifestó lo siguiente:

"En estricto sentido si analizamos el contenido del Decreto 564 del 2012, una de las finalidades o a lo que apunta es que el régimen de transición culminará cuando se establezcan áreas de servicio exclusivo en la ciudad"¹⁸⁷.

A su turno, al preguntársele sobre la transitoriedad del nuevo esquema diseñado por los investigados, indicó que:

"Sí, es un esquema que no tiene un plazo definido, pero sí está sujeto a una condición, es decir, que es indeterminado pero determinable, esa condición es que el esquema transitorio durará hasta que se adjudique la licitación en las Áreas de Servicio Exclusivo en toda la ciudad, que es una alternativa que ofrece la Ley 142, entonces si allá llegamos, esa será la finalización del régimen de transición".

Teniendo en cuenta que los investigados fundamentaban la transitoriedad del esquema en la implementación de un esquema de ASEs, al haber desistido de su solicitud de autorización para implementar dicho esquema, es claro que éste no goza de ningún carácter transitorio.

Adicionalmente, los investigados manifiestan en sus observaciones al Informe Motivado que en tanto no se cuente con una metodología tarifaria adecuada establecida por la CRA para incluir el componente de aprovechamiento, no es posible realizar el proceso de licitación por las nuevas ASEs.

Al respecto, esta Superintendencia requirió a la CRA para que suministrara información sobre este particular en el curso de la investigación, ante lo cual dicha Entidad, mediante Oficio CRA No. 20132110007631, manifestó que con la metodología tarifaria actualmente vigente es posible remunerar la actividad de aprovechamiento. En la misma comunicación, la CRA agregó que dicha posibilidad se ha manifestado en reiteradas ocasiones a la UAESP, particularmente mediante el radicado CRA No. 20122110047601 del 10 de agosto de 2012 y en las seis mesas de trabajo sostenidas con la UAESP, los días 15, 23 y 29 de mayo y 5, 12 y 19 de junio del año 2012.¹⁸⁸

Así, para este Despacho tampoco son de recibo los argumentos de los investigados en los que afirman que el nuevo esquema de prestación del servicio de aseo en Bogotá sería transitorio mientras la CRA establecía la metodología tarifaria adecuada para incluir a los recicladores, comoquiera que está plenamente acreditado en el expediente que la metodología tarifaria actual permite la posibilidad de remunerar la actividad de aprovechamiento, tal como lo precisa la propia CRA.

¹⁸⁷ Testimonio rendido el 16 de octubre de 2013. Folio 5898 del Cuaderno Público No. 28 del Expediente.

¹⁸⁸ Oficio CRA No. 20132110007631. Folio 6477 del Cuaderno Público 31 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

En cualquier caso, incluso si la metodología tarifaria para remunerar el aprovechamiento no existiera, cosa que no es cierta, tal hecho, por sí solo, no legitimaría el rediseño de todo el esquema de recolección de basuras con directa violación a la ley. En este caso el Distrito hubiese podido adoptar medidas afirmativas para incluir a la población recicladora mediante la implementación de una política pública, aún sin la metodología de remuneración diseñada por la CRA, en cumplimiento de la orden de la Corte Constitucional. Nótese cómo en ningún momento las órdenes de la Corte dictaban la implementación de un nuevo esquema en los términos en que fue ejecutado por los investigados.

11.4.3. Frente a los argumentos relacionados con que los investigados siempre respetaron la libre competencia

Los investigados manifestaron que la Delegatura erró al afirmar que el servicio de aseo en Bogotá no se prestó (o no se presta) bajo el esquema de libre competencia, pues según ellos, el nuevo esquema de recolección de aseo siempre respetó y respeta la libre competencia, lo cual se evidencia con el número de operadores que hoy existen en el mercado.

Al respecto, este Despacho considera pertinente, en primer lugar, explicar cómo opera la libre competencia en el mercado de servicios públicos domiciliarios. Posteriormente, este Despacho ilustrará sobre la forma en que los investigados erigieron barreras de entrada artificiales al mercado de prestación del servicio de aseo, que impidieron la libre entrada al mercado de empresas dispuestas a prestar el servicio, e incluso excluyeron a una empresa del mercado (ATESA).

El concepto de libre competencia supone, principalmente, la libertad de decisión de los agentes de entrar a competir en un mercado en condiciones de igualdad. La decisión de entrar o no al mercado depende de cuáles sean las reglas de juego en el mismo, así como de la claridad sobre la forma en que operan dichas reglas.

No obstante lo anterior, la libertad de entrada de un agente al mercado se ve atenuada por el nivel de barreras de acceso, sean estas legales o naturales, que en él existan. Las barreras legales son aquellos requisitos de entrada a un mercado que únicamente pueden ser exigidos por medio de una ley, tal y como lo establece el artículo 333 de la Constitución Política, cuando afirma que para el ejercicio de una actividad económica "*(...) nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley*". Las barreras económicas, por su parte, son todos aquellos costos en que tiene que incurrir un nuevo competidor para acceder y establecerse en un mercado.

En el caso específico de la prestación del servicio de aseo en Colombia, constituyen barreras legales de entrada todos aquellos requisitos establecidos en la Ley 142 de 1994 y las disposiciones de la CRA relacionadas con la prestación de dicho servicio. Así, se entiende que las únicas barreras legales que se pueden imponer para la prestación del servicio de aseo en Colombia son aquellas que señale el legislador o el regulador, quienes son los únicos competentes para poner límites a una actividad que es por esencia reglada. De esta forma, cualquier barrera legal adicional establecida por quien no es competente para ello y en contravención a lo señalado por el legislador natural o el regulador deriva en una violación al régimen de libre competencia.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

lugar, no puede competir en el mercado en la medida en que participan como operadores a nombre de la UAESP, más no como prestadores.

Por otra parte, el artículo 6 del Decreto 564 de 2012 es aún más contundente en establecer que para prestar el servicio de aseo en la ciudad de Bogotá es necesario celebrar un contrato con la UAESP o con la EAB. Así, el Decreto 564 de 2012 reafirma la obligatoriedad de que exista un vínculo jurídico entre el prestador del servicio y un representante del Distrito, ya sea la UAESP o la EAB.

De esta manera, la participación en el mercado del servicio de aseo en Bogotá queda supeditada a la aprobación de la UAESP o de la EAB, requisito que carece de justificación alguna, y que se agrava por el hecho de que la autorización deba ser, para el caso de la EAB, otorgada por un competidor.

De acuerdo con lo anterior, es claro que los investigados llevaron a cabo conductas por medio de las cuales crearon barreras de entrada al mercado bajo el nuevo esquema de recolección de basuras. Estas barreras se resumen en la necesidad de solicitar una autorización: (i) a la UAESP para entrar como operadores del mercado, no como prestadores¹⁸⁹; o (ii) a la EAB siendo éste un competidor del mercado.

Por otra parte, los investigados aducen que los contratos celebrados con la UAESP y la EAB tienen una cláusula de no exclusividad. Es decir, según la interpretación de los investigados, cualquier empresa tiene la capacidad de entrar a prestar el servicio en diferentes zonas de la ciudad una vez cuenten con un contrato, ya sea con la UAESP o con la EAB. Sin embargo, de las nuevas condiciones es claro que:

(i) como operador del servicio de aseo, las empresas privadas no están recibiendo un ingreso por los resultados obtenidos, ni por competir en el mercado. Por el contrario, operan a nombre de la UAESP por lo que su ingreso constituye aquel que se haya pactado en el contrato. Es decir, su ingreso está supedito a la existencia de un contrato entre la UAESP y la empresa, lo que en ningún momento le otorga la capacidad de entrada libre al mercado en competencia;

(ii) el hecho de estar contratado por el agente controlante del mercado (UAESP) elimina los incentivos para competir con la EAB y AGUAS DE BOGOTA, quienes tienen una relación directa con el contratante.

Es claro entonces, que a pesar de que en los contratos celebrados por parte de la UAESP y la EAB con los operadores se haya establecido la cláusula de no exclusividad, los operadores estaban impedidos para prestar el servicio de aseo en una zona diferente a la asignada.

De esta manera, se encuentra suficientemente probado que a partir de septiembre de 2011 cuando empezó a regir la libre competencia en el mercado de la prestación del

¹⁸⁹ Nótese que en el caso de CIUDAD LIMPIA, si bien esta empresa suscribió un contrato de operación con la UAESP, la SSPD consideró que CIUDAD LIMPIA seguía considerándose un prestador dada la autonomía prevista en el mencionado contrato.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

En efecto, el artículo 6 de la Ley 142 de 1994 señala:

"Artículo 6. Prestación directa de servicios por parte de los municipios. Los municipios prestarán directamente los servicios públicos de su competencia, cuando las características técnicas y económicas del servicio, y las conveniencias generales lo permitan y aconsejen, lo cual se entenderá que ocurre en los siguientes casos:

6.1. Cuando, habiendo hecho los municipios invitación pública a las empresas de servicios públicos, no haya habido empresa alguna que se ofreciera a prestarlo;

6.2. Cuando, no habiendo empresas que se ofrecieran a prestar el servicio, y habiendo hecho los municipios invitación pública a otros municipios, al Departamento del cual hacen parte, a la Nación y a otras personas públicas o privadas para organizar una empresa de servicios públicos que lo preste, no haya habido una respuesta adecuada;

6.3. Cuando, aun habiendo empresas deseosas de prestar el servicio, haya estudios aprobados por el Superintendente que demuestren que los costos de prestación directa para el municipio serían inferiores a los de empresas interesadas, y que la calidad y atención para el usuario serían, por lo menos, iguales a las que tales empresas podrían ofrecer. Las Comisiones de Regulación establecerán las metodologías que permitan hacer comparables diferentes costos de prestación de servicios." (Subrayas y negrilla fuera del texto)

De esta forma, es claro que el Superintendente de Servicios Públicos es el único funcionario legalmente competente para determinar que la prestación directa y exclusiva del servicio público por el municipio es más eficiente que la prestación del servicio por varios prestadores en libre competencia. Aceptar que una persona distinta al Superintendente de Servicios Públicos determine que es más eficiente la prestación directa y exclusiva del servicio por el Distrito y, en consecuencia, proceda a limitar el acceso de otros agentes al mercado, es absolutamente contrario al régimen de servicios públicos colombiano.

Adicionalmente, este Despacho considera que contrario a lo manifestado por los investigadores, la teoría económica sostiene que la libre competencia es deseable y conveniente en cualquier mercado, en la medida en que este ejercicio maximiza el bienestar social.

La única excepción reconocida a la regla anterior son aquellos mercados en los cuales existe un monopolio natural, situación que no se verifica en la prestación del servicio público de aseo. Lo anterior debido a que en el mercado de servicio de aseo no se aprecia que los costos fijos sean extremadamente altos en relación con los costos totales de operación, ni se requiere una infraestructura a gran escala para asegurar la prestación del servicio.

Adicionalmente, los investigadores señalan que del testimonio rendido por el doctor CARLOS ATEHORTÚA se pueden advertir las inconveniencias del modelo de libre competencia, a saber, que existe incertidumbre acerca de, entre otros aspectos, la manera en que se va a equilibrar el esquema de subsidios y contribuciones, quiénes se harán cargo del corte de césped y poda de árboles, y cómo se va a garantizar el acceso universal al servicio.

RESOLUCIÓN NÚMERO 2 5 0 3 6 DE 2014 Hoja No. 114

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

cuenta que este instrumento de eficiencia para el cobro del servicio de aseo fue concebido para que se celebrara entre prestadores de servicios y no entre operadores que no tienen vínculo con los usuarios.

Al respecto, el Despacho pone de presente que la Resolución CRA No. 151 de 2001 establece las condiciones generales que deben cumplir los agentes interesados en suscribir un convenio de facturación conjunta. Así, en primer lugar, la CRA definió a la persona que puede solicitar el servicio de facturación conjunta en los siguientes términos:

"Persona Prestadora Solicitante: Es la persona prestadora que presta el o los servicios de saneamiento básico y que requiere facturar en forma conjunta con otra persona prestadora de acuerdo con lo establecido en el artículo 147 de la Ley 142 de 1994."

Por su parte, el artículo 15 de la Ley 142 de 1994 establece que cualquier persona constituida como Empresa de Servicios Públicos (E.S.P.) ostenta la calidad de "Persona Prestadora" de un servicio público. De tal suerte, teniendo en cuenta que las Empresas de Servicios Públicos dispuestas a continuar con la prestación del servicio de aseo a finales de 2012 solicitaron el convenio de facturación conjunta cuando aún ostentaban la calidad de prestadores del servicio de aseo y no fue posible llegar a un acuerdo con la EAB, se encuentra plenamente injustificado el argumento de los investigados.

Ahora, teniendo en cuenta que como consecuencia de la conducta de los investigados LIME y ASEO CAPITAL perdieron su calidad de prestadores, actualmente se encuentran imposibilitados para solicitar la celebración de un convenio de facturación conjunta. Por su parte, ATESA como se mencionó anteriormente fue completamente excluido del mercado.

De otro lado, los investigados afirman que los operadores pueden solicitar la facturación conjunta a otros servicios públicos tales como la energía eléctrica o el gas natural.

Al respecto, tal y como se explicó en detalle anteriormente, los prestadores del servicio público deben solicitar directamente a la empresa de acueducto la celebración de un contrato de facturación conjunta. Ahora, debe tenerse en cuenta que cuando las solicitudes son rechazadas por las empresas de acueducto, es la CRA quien está facultada para entrar a resolver dichas solicitudes. Por consiguiente, únicamente las empresas reguladas por dicha comisión y no otras, son a las únicas a las que la CRA les puede imponer la suscripción de los convenios de facturación conjunta. Por esta razón resulta óptimo que las empresas prestadoras de servicios públicos de saneamiento básico soliciten convenios de facturación conjunta a las empresas prestadoras del servicio de acueducto, tal como lo regula la CRA.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que por lo general, las empresas prestadoras del servicio de acueducto tienen mayor cobertura y por ende, bases de usuarios más extensas¹⁹¹. Así, los prestadores del servicio de aseo pueden lograr facturarle a la

¹⁹¹ Estos argumentos fueron expuestos en el testimonio de la Representante Legal de Lime obrante a folio 201 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

mayor cantidad de usuarios posibles y por ende, obtener mayores retornos de su actividad.

En virtud de lo anterior, este Despacho rechazará este argumento, en tanto que solicitar convenios de facturación conjunta a empresas de servicios públicos diferentes al acueducto implica que las disposiciones de la CRA previstas para dicho procedimiento no serían aplicables, en perjuicio de las empresas de aseo.

11.4.7. Frente a los argumentos relacionados con la legalidad del Decreto 564 de 2014

Los investigados señalan que la Delegatura se extralimitó en sus funciones administrativas al evaluar la legalidad del Decreto 564 de 2012, comoquiera que esta evaluación de legalidad es competencia exclusiva de la jurisdicción contencioso administrativa. Así mismo, los investigados advierten que jueces administrativos han concluido en reiteradas ocasiones que el Decreto 564 de 2012 se ajusta al ordenamiento constitucional y legal.

Este Despacho procede, en primer lugar, a pronunciarse sobre las observaciones de los investigados relacionadas con la evaluación de legalidad del Decreto 564 de 2012 que supuestamente realizó la Delegatura en su Informe Motivado.

Sea lo primero mencionar que la Delegatura no evaluó la legalidad del Decreto 564 de 2014, sino que solamente se limitó a determinar si el modelo de recolección de basuras previsto en dicha norma es efectivamente un desarrollo de las órdenes impartidas por la Corte Constitucional en Sentencia T-724 de 2013, Auto 268 de 2010 y Auto 275 de 2011, tal como afirman los Investigados. En este sentido, la misma Delegatura expresamente aclaró cuál era la relevancia del Decreto 564 de 2012 en la presente investigación:

"Hechas las anteriores consideraciones, quiere la Delegatura poner de presente que no comparte el argumento de los investigados en cuanto a que las decisiones adoptadas a través del Decreto 564 de 2012 y que culminaron con la implementación del nuevo esquema de aseo en el DISTRITO, lo hayan sido a la luz de las órdenes impartidas por la Corte Constitucional en su Sentencia T-724/03 y los Autos 268/10 y 275/11, dado que de su análisis mal pudiera concluirse que dicha Corporación determinó la implementación de un modelo semejante al que opera en la actualidad."¹⁹² (Negritas fuera del texto original)

De conformidad con el texto anterior, es claro que el análisis de la Delegatura relacionado con la "juridicidad" del Decreto 564 de 2012 se limitó exclusivamente a determinar si *"las decisiones adoptadas a través del Decreto 564 de 2012 (...) lo hayan sido a la luz de las órdenes impartidas por la Corte Constitucional"*. Así, la evaluación de la Delegatura nunca estuvo encaminada a determinar la ilegalidad del acto administrativo, ni tampoco a desvirtuar la presunción de legalidad que recae sobre el mismo. De hecho, en el caso concreto la ilegalidad del acto administrativo no es una condición necesaria para que este Despacho determine que existió una violación al

¹⁹² Informe Motivado, p. 135.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

régimen de competencia. En efecto, este Despacho se limita a analizar si las conductas adoptadas por los investigados constituyen prácticas anticompetitivas, independientemente de la legalidad o ilegalidad del Decreto 564 de 2012.

Una vez desvirtuados los argumentos relacionados con que la Delegatura haya evaluado la legalidad del Decreto 564 de 2012 en su Informe Motivado, a continuación este Despacho determinará la relevancia de los pronunciamientos judiciales sobre la legalidad del Decreto 564 de 2012.

Este Despacho considera que los pronunciamientos judiciales a los que se refieren los investigados no obligan a la Superintendencia a fallar de una determinada manera. Si bien es cierto que el Juzgado Tercero Administrativo en fallo del 12 de febrero de 2014 decidió que del Decreto 564 de 2012 no se *"desprende ninguna conducta trasgresora"*, esta decisión no puede interpretarse en el sentido que obliga a esta Superintendencia a determinar que la conducta de los investigados no infringe el régimen de competencia.

La Superintendencia de Industria y Comercio es la única autoridad en materia de protección de la competencia desde la entrada en vigor de la Ley 1340 de 2009. En efecto, el artículo 6 de la Ley 1340 de 2009 establece expresamente que *"[l]a Superintendencia de Industria y Comercio conocerá de forma privativa de las investigaciones administrativas, impondrá multas y adoptará las decisiones administrativas por infracción de las disposiciones sobre protección de la competencia".* (Negrillas fuera del texto) En este sentido, la Superintendencia de Industria y Comercio es la única Entidad dentro de la estructura del Estado facultada para pronunciarse sobre la infracción al régimen de competencia por conductas desplegadas por *"todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo"*.

Adicionalmente, la Corte Constitucional en Sentencia C-172 de 2014 determinó la exequibilidad de los apartes de los artículos 2 y 6 de la Ley 1340 de 2009 que designan como autoridad única a la Superintendencia de Industria y Comercio en relación con las actividades de control dirigidas a la protección de la libre competencia. La Corte Constitucional expresamente precisó que la competencia privativa de la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de actividades de control dirigidas a la protección de la libre competencia, incluyendo investigaciones administrativas por infracción del régimen de competencia, se extiende a los servicios públicos domiciliarios.

Por ende, la jurisdicción contencioso administrativa no tiene la facultad para pronunciarse sobre la infracción al régimen de protección de la competencia, ni siquiera en relación con conductas desarrolladas por proveedores de servicios públicos domiciliarios.

Ahora bien, es preciso advertir que la jurisdicción administrativa sí está facultada para decretar la nulidad de un acto administrativo con el que se concluya una investigación por infracción al régimen de competencia. Sin embargo, en este caso el impugnante deberá interponer una demanda de nulidad y restablecimiento ante los Tribunales Administrativos en contra del acto administrativo y tiene la carga de demostrar la ilegalidad del acto.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

En este sentido, esta Superintendencia tiene la facultad legal para pronunciarse sobre sí las conductas adoptadas por las intervinientes, incluidas aquellas desplegadas en razón de la expedición del Decreto 564 de 2012, constituyen o no una infracción al régimen de competencia. Por ende, las conclusiones de las decisiones judiciales serán evaluadas de conformidad con las reglas de la sana crítica, tal como cualquier otra prueba anexada al Expediente, pero en ningún momento son una prueba irrefutable sobre la no infracción del régimen de competencia.

Por lo anterior, este Despacho considera que las decisiones judiciales adoptadas por los juzgados administrativos no demuestran que los investigados no infringieron el régimen de competencia. Por el contrario, la determinación de si hubo o no una infracción al régimen de competencia corresponde exclusivamente a este Despacho, el cual mediante la presente Resolución emitirá un pronunciamiento sobre el asunto.

11.4.8. Frente a los argumentos relacionados con la aplicación de las excepciones a la libre competencia

Los investigados manifiestan que el modelo de recolección de basuras actual en Bogotá esta exceptuado del régimen de libre competencia conforme a lo previsto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

Sea lo primero señalar que efectivamente el párrafo del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 permite que *"el Gobierno, sin embargo, podrá autorizar la celebración de acuerdos que no obstante limitar la competencia, tengan por fin defender la estabilidad de un sector básico de la producción de bienes o servicios de interés para la economía general"*.

En particular, los investigados señalan que el contrato suscrito entre la UAESP y la EAB debe entenderse como un acuerdo que no obstante limitar la competencia está autorizado por cuanto el saneamiento básico es un ejemplo de un servicio de interés para la economía, en los términos del párrafo del artículo 1 de la Ley 155 de 1959. Adicionalmente, los investigados afirman que en el caso concreto no se requiere de una autorización porque es el mismo Distrito el que decide defender un servicio de interés general para la economía, más aún cuando la decisión se toma para cumplir con una orden de la Corte Constitucional.

Frente a los anteriores argumentos, este Despacho le recuerda a los investigados que la única Entidad facultada para autorizar la celebración de los acuerdos anticompetitivos previstos en el párrafo del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 es la Superintendencia de Industria y Comercio. En efecto, el numeral 8 del Decreto 4886 de 2011 establece que es función de la Superintendencia autorizar la celebración de acuerdos que no obstante limitar la competencia tiene por fin defender la estabilidad de un sector básico de servicios, en los siguientes términos:

"Autorizar, en los términos de la ley, los acuerdos o convenios que no obstante limitar la libre competencia, tengan por fin defender la estabilidad de un sector básico de la producción de bienes o servicios de interés para la economía general, a los que se refiere el párrafo del artículo 1 de la Ley 155 de 1959, el artículo 5 de la Ley 1340 de 2009 o demás normas que la modifiquen o adicionen".

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

Así las cosas, no asiste razón a los investigados cuando afirman que el contrato entre la UAESP y la EAB, mediante el cual se implementó el nuevo esquema de recolección de basuras, se entiende autorizado por ser un acto del Distrito Capital de Bogotá. Es preciso reiterar que incluso en este caso el mencionado acuerdo requeriría de la autorización previa de esta Entidad y solamente en el evento en que sea autorizado podrán las partes suscribir el mencionado acuerdo.

Adicionalmente, precedentes recientes demuestran que toda entidad del Gobierno sin ningún tipo de excepción debe solicitar la autorización previa de esta Entidad para celebrar los acuerdos referidos en el parágrafo del artículo 1 de la Ley 155 de 1959. Veamos.

En el año 2012, el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio solicitó a esta Entidad autorizar un acuerdo que se proyectaba celebrar entre los integrantes del sector de producción y comercialización de cemento, hierro e insumos en el cual se comprometían a vender sus productos a los desarrolladores de proyectos de vivienda de interés social prioritario que se enmarque dentro de la política de vivienda actual del gobierno. Nótese que no obstante ser una iniciativa de un Ministerio, siendo parte de la rama ejecutiva, y estando encaminada a garantizar acceso a la vivienda a la población, el propio Ministerio solicitó la autorización previa de esta entidad para celebrar el mencionado acuerdo, en atención a lo dispuesto por el Decreto 4886 de 2011. Es más, este acuerdo solamente se celebró una vez esta Superintendencia lo autorizó mediante Resolución No. 35696 de 2012.

Por las anteriores consideraciones, la excepción prevista en el parágrafo del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 no aplica al caso concreto y, por ende, las conductas investigadas sí están sujetas al régimen de protección de la competencia.

Adicionalmente, los investigados señalan que la conducta objeto de la investigación encuadra dentro de la excepción a la aplicación del régimen de competencia prevista en el numeral 3 del artículo 49 del Decreto 2153 de 1992. Este Despacho considera que esta afirmación es improcedente y carece de todo sustento legal. El Despacho coincide con todos los argumentos expuestos por la Delegatura en el informe motivado para demostrar que la excepción prevista en el numeral 3 del artículo 49 del Decreto 2153 de 1992 no procede.

"Según las investigadas, la conducta objeto de investigación encuadra dentro de la excepción al régimen de protección de la competencia prevista en el numeral 3 del artículo 49 del Decreto 2153 de 1992, la cual específicamente señala:

(...) Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo del presente Decreto, no se tendrán como contrarias a la libre competencia las siguientes conductas: "

- 1. Las que tengan por objeto la cooperación en investigaciones y desarrollo de nueva tecnología.*
- 2. Los acuerdos sobre cumplimientos de normas, estándares y medidas no adoptadas como obligatorias por el organismo competente cuando no limiten la entrada de competidores al mercado.*
- 3. Los que se refieran a procedimientos, métodos, sistemas y formas de utilización de facilidades comunes. (Subrayas fuera del texto original).*

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

De acuerdo con el texto en cuestión, para que se configure la tercera excepción deben confluír principalmente dos elementos. Como primera medida, no se trata de cualquier acuerdo entre agentes económicos; debe demostrarse la presencia de procedimientos, sistemas y formas de utilización de un determinado bien o servicio. En segunda instancia, dicho bien o servicio debe ser considerado como una facilidad común en el mercado.

Así las cosas, al no existir una definición económica de facilidad común, es necesario acudir al sentido literal de las palabras que componen el concepto 540. De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, la palabra "común" hace referencia a una cosa "[q]ue, no siendo privativamente de nadie, pertenece o se extiende a varios" (Subrayas fuera del texto original). De esta manera, se deduce que aquellas facilidades, entendidas como bienes o servicios, sobre los que puede versar la excepción a la que se acude, son utilizadas de manera general por diversos actores de un mismo mercado y no pertenecen privativamente a alguno o algunos de ellos.

La anterior interpretación está acorde con el contexto normativo en donde se encuentra la excepción, ya que como se afirmó anteriormente, cada uno de los escenarios planteados en el artículo 49 tienen como denominador común la búsqueda de eficiencias para todos los competidores y consumidores de un sector, representada en avances tecnológicos, normas o estándares y medidas y, por supuesto, la utilización de facilidades comunes.

En el presente caso, por el contrario, no puede defenderse la existencia de eficiencias emanadas de la utilización de facilidades comunes, habida cuenta que los argumentos esgrimidos no sustentaron por qué se trata de una facilidad común. Tampoco concibe la Delegatura la forma en que la facilidad común pueda ser implementada en ese caso, pues lo cierto es que las investigadas intervienen sobre todo el mercado de prestación del servicio público de aseo en Bogotá y, precisamente, lo reprochable es que lo hicieron estableciendo restricciones al acceso de dicho mercado, a través de estipulaciones contractuales y la expedición de preceptos legales.

En esa medida, si la facilidad común supone precisamente que esa facilidad pueda ser utilizada por todos los agentes interesados en intervenir en un mercado determinado, como conclusión de este punto, debe considerarse que la excepción planteada por las investigadas no encaja en los supuestos fácticos que componen el presente caso."
(Notas al pie omitidas)

Por las consideraciones expuestas en el Informe Motivado, este Despacho considera que la excepción prevista en el numeral 3 del artículo 40 del Decreto 2153 de 1992 no aplica al caso concreto y, por ende, las conductas investigadas sí están sujetas al régimen de competencia.

12. IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD

12.1. PERSONAS JURÍDICAS INVESTIGADAS-

La UAESP, la EAB y AGUAS DE BOGOTÁ son agentes del mercado de prestación de servicios de aseo en Bogotá y, por ende, son sujetos pasivos del régimen de protección de la competencia.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

de Bogotá D.C. bajo la dirección y supervisión de la EAB"¹⁹³. Así, EAB le encargó a AGUAS DE BOGOTÁ el servicio de aseo en la ciudad de Bogotá, es decir la EAB presta el servicio de aseo en la ciudad de Bogotá a través de AGUAS DE BOGOTÁ, lo cual hace evidente la participación de estas dos empresas en el diseño e implementación del sistema.

- La EAB y la UAESP tuvieron oportunidad de plantear, evaluar y finalmente adoptar el esquema de prestación del servicio de aseo que se impondría en la ciudad a partir del 17 de diciembre de 2012.
- Estas entidades tuvieron la oportunidad de escoger el modelo con el cual darían cumplimiento a las órdenes impartidas por la Corte Constitucional, previstas en los diferentes fallos a los que se ha hecho referencia durante este trámite, y encaminadas a incluir a la población recicladora de la ciudad. La UAESP y la EAB optaron, de manera libre, por el modelo que resultó generando los efectos de distorsión en el mercado.
- Cada una de las personas jurídicas investigadas participó en la creación e implementación del nuevo esquema del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá, el cual, como se acreditó, incluyó barreras de acceso a dicho mercado que derivaron en la obstrucción de agentes económicos interesados en la prestación del servicio público de aseo, así como en la exclusión de los prestadores que ya se encontraban establecidos.

En conclusión, las evidencias recaudadas en la investigación, permiten determinar que la conducta adoptada por la UAESP, la EAB y AGUAS DE BOGOTÁ resultó en un procedimiento o práctica tendiente a limitar la libre competencia, expresamente prohibida por el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y, por ende, estas personas jurídicas son responsables en los términos previstos en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2014.

12.2. PERSONAS NATURALES INVESTIGADAS

Tal y como se indicó en el Informe Motivado, de conformidad con el numeral 12 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011¹⁹⁴, concordante con lo establecido en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009¹⁹⁵, es función de la SIC imponer a cualquier persona natural que colabore, facilite,

¹⁹³ Folios 3386 a 3402 del Cuaderno Público No. 17 del Expediente.

¹⁹⁴ "ARTÍCULO 3. FUNCIONES DEL DESPACHO DEL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO. Son funciones del Despacho del Superintendente de Industria y Comercio:

(...)

12. Imponer a cualquier persona natural que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia y competencia desleal las multas que procedan de acuerdo con la ley."

¹⁹⁵ "ARTÍCULO 26. MONTO DE LAS MULTAS A PERSONAS NATURALES. (...) Imponer a cualquier persona que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia a que se refiere la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y normas que la complementen o modifiquen, multas hasta por el equivalente de dos mil (2.000) salarios mínimos

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

autorice, ejecute o tolere conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia y competencia desleal, multas hasta por un equivalente a dos mil (2.000) SMLMV al momento de la imposición de la sanción.

Vale la pena recordar que la responsabilidad personal a que alude el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, emana de un hecho -acción u omisión- de la persona natural en cuestión. La precisión efectuada reviste especial importancia, si se tiene en cuenta que lo previsto en el numeral 16 ya mencionado no exige que las personas naturales que resulten incurso en el comportamiento descrito ejecuten directamente el acto. Esto quiere decir que la pertenencia o afiliación de una persona natural a una empresa, en calidad de representante legal, miembro de junta directiva y, en general, de administrador, no implica automáticamente su responsabilidad por la comisión de la conducta anticompetitiva.

En efecto, una vez clara la infracción al régimen por parte de la empresa, sólo se podrá sancionar a la persona natural en virtud de lo establecido en el numeral 16 del artículo 4 de Decreto 2153 de 1992 modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, si se prueba que realizó una conducta activa encaminada a que la empresa cometiera la infracción, o que por lo menos omitió adoptar medidas para evitar que se realizara la infracción, o que cesara la misma, teniendo pleno conocimiento de ella.

Teniendo en cuenta lo anterior, este Despacho determinó que las personas naturales investigadas en el presente caso, son responsables en su calidad de representantes legales y/o miembros de junta directiva, según el caso, por haber realizado conductas encaminadas a que la infracción se cometiera, o por haber adoptado una actitud pasiva habiendo estado en posición de evitar o interrumpir la comisión de la conducta. Lo anterior con fundamento en las siguientes consideraciones.

12.2.1. GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO, miembro de la junta directiva de la EAB

De conformidad con las pruebas que obran en el Expediente y lo señalado por la Delegatura en el Informe Motivado, este Despacho encontró evidencia que permite concluir que GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO, incurrió en la responsabilidad prevista en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

En el Expediente obran pruebas que evidencian que GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO participó en la infracción del artículo 1 de la Ley 155 de 1959. En particular, este Despacho encontró pruebas que demuestran que, en su calidad de miembro¹⁹⁶ y presidente de la junta directiva de la EAB¹⁹⁷, tuvo injerencia directa en las deliberaciones y toma de decisiones respecto del diseño, la estructuración,

legales mensuales vigentes al momento de la imposición de la sanción, a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio (...)."

¹⁹⁶ Acuerdo No. 11 del 13 de septiembre de 2010. Folio 5105 del Cuaderno Público No. 24 del Expediente.

¹⁹⁷ Artículo 22 de la Ley 222 de 1995.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

implementación y ejecución efectiva del esquema de aseo que rige en Bogotá¹⁹⁸ y que resultó restrictivo de la competencia.

En el Acta No. 2482 del 2 de octubre de 2012 consta lo siguiente:

"El señor Alcalde Mayor de Bogotá D.C. Gustavo Petro U. hace un breve resumen de las actividades desplegadas por la Administración para cumplir con las providencias de la Corte Constitucional dentro del Plan Distrital de Desarrollo Bogotá Humana concentradas principalmente en el Plan de Inclusión de la Población Recicladora. Para ello indica, es necesario que se constituya una empresa, se capitalice con recursos de la EAAB-ESP y se proceda a adquirir la flota compactadora para asumir la prestación del servicio de aseo dentro del esquema, que, aclara no es de libre competencia para la ciudad"¹⁹⁹.

En diligencia de interrogatorio practicada el 23 de octubre de 2013²⁰⁰ a GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO, se evidencia el conocimiento y participación directa de éste en el diseño e implementación del nuevo esquema de aseo. A continuación se transcriben apartes del interrogatorio:

"Pregunta: ¿Usted hace parte de la Junta Directiva de la EAAB?"

Respuesta: Soy el presidente".

"Pregunta: ¿Desde hace cuánto tiempo hace parte de la Junta Directiva?"

Respuesta Desde que soy Alcalde, 1 de enero del año 2012".

"Pregunta: ¿Participa usted en calidad de Alcalde en la Junta Directiva?"

Respuesta: Así es".

"Pregunta: ¿Cuál es la injerencia que tiene usted como Alcalde frente a la toma de decisiones al interior de dicha Junta?"

Respuesta: La construcción de política pública general para la EAAB dentro del plan de desarrollo Bogotá Humana aprobado por el concejo de la Ciudad y que es el programa de gobierno votado por el pueblo mayoritariamente el 30 de octubre del año 2011".

"Pregunta: Quisiéramos saber lo siguiente, ¿Fue objeto de discusión en la Junta Directiva de la EAAB, temas relacionados con el cambio del objeto social de la empresa de acueducto, con el fin de incluir la prestación del servicio de aseo?"

Respuesta: Sí, pero la Empresa de Acueducto y Alcantarillado ya presta el servicio de aseo desde su fundación, en 1959 el Concejo de la ciudad determinó, paralelamente a la creación de la Empresa Distrital de Servicios Públicos que después se transformó en la EDIS, que la EAAB tendría la base de datos y la facturación del servicio de aseo en la Ciudad, y tiene que ver con la historia misma del aseo que me permito resumirle en breves frases. Desde la época fundacional, desde la colonia los residuos sólidos se

¹⁹⁸ Folios 6280 a 6282 del Cuaderno Público No. 30 del Expediente.

¹⁹⁹ Folio 1611 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente.

²⁰⁰ Folios 6280 a 6282 del Cuaderno Público No. 30 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

arrojaban a los ríos en la Ciudad de Bogotá, al Río San Francisco y al Río San Agustín, hasta bien entrado el siglo XX seguía siendo la práctica con graves problemas de saneamiento y de la salud pública en la ciudad, con la creación de la Empresa de Acueducto de carácter privado a finales del siglo XIX que después se transformó en la empresa pública de Acueducto de Bogotá, destinada a construir el acueducto y el sistema de Alcantarillado paralelamente todo el servicio de recolección de residuos sólidos que se depositaban en los ríos fue hecha primero por la Empresa de Acueducto privada y después en su transformación por la EAAB (...)".

Adicionalmente, la participación directa de GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO en la obstrucción para impedir el acceso al RELLENO SANITARIO DOÑA JUANA se encuentra probada, entre otros hechos, por la intervención de la POLICÍA para evitar el ingreso a dicho relleno, siguiendo sus órdenes.

Es posible establecer la responsabilidad directa del investigado teniendo en cuenta que, según el inciso segundo del artículo 35 del Decreto 1421 de 1993, al ser la primera autoridad de la Policía del Distrito, le correspondía a GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO, como Alcalde Mayor de Bogotá, entre otras funciones, impartir las órdenes para garantizar la seguridad ciudadana y la protección de los derechos²⁰¹. Sobre este punto, tal y como se señaló en el Informe Motivado, obra en el expediente información noticiosa que da cuenta que GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO tomó medidas policivas contra los operadores privados.

El periódico "**EL TIEMPO**" señaló:

"(...) La polémica desatada por la recolección de basuras en la ciudad a partir del próximo 18 de diciembre está alcanzando ribetes inesperados. Tanto, que este martes el alcalde Gustavo Petro dijo públicamente que tomará medidas policivas contra los operadores privados que, desde esa fecha, saquen los carros a las calles para recoger los residuos. (...)"²⁰². (Subrayas fuera del texto original).

Adicionalmente, obra en el Expediente información noticiosa de la estrategia desplegada contra los prestadores del servicio de aseo por el alcalde GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO.

Por su parte, la emisora de Caracol Radio "**LA W RADIO**" publicó en su página electrónica:

"Modelo de Libre Competencia para la recolección de basuras no lo declaran los operadores: Petro.

El alcalde Mayor de Bogotá, Gustavo Petro, aseguró que los cuatro operadores actuales no se pueden declarar en libre competencia porque esa es una figura que depende de la Administración Distrital y, entre los planes del Distrito, no se encuentra decretar este esquema.

²⁰¹ Vid. RODRÍGUEZ, Libardo. Ob. Cit. Pág. 150, para mayores detalles en cuanto a esta competencia funcional del Alcalde Mayor.

²⁰² Folios 1038 y 1039 del Cuaderno Público No. 5 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

*De nosotros depende el concepto de **libre competencia**, esa es una jugada tramposa para que tengamos que indemnizar a los cuatro operadores que hoy recogen el aseo, no en virtud de la libre competencia, sino en virtud de un contrato hecho a dedo bajo urgencia manifiesta que decretó el Distrito", aseguró.²⁰³ (Subrayas y negrilla fuera del texto original).*

El periódico El Espectador, señaló:

"El Alcalde Gustavo Petro defendió ayer su esquema de aseo y dijo: "primero nos derriban en un golpe institucional, antes de privatizar un servicio público en la ciudad", luego de que se conociera que la Superintendencia de Industria y Comercio formuló cargos contra el mandatario y otros funcionarios por presuntas irregularidades presentadas en la transición al nuevo modelo"²⁰⁴.

De otra parte, la responsabilidad de la obstrucción endilgada a GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO, se desprende de sus propias manifestaciones ante el Senado de la República el 19 de febrero de 2013, cuando señaló que el alcalde impartió la orden a sus funcionarios de asumir el 100% de la operación de aseo en Bogotá a partir del 18 de diciembre. Específicamente, afirmó:

*"(...) [N]o es cierto que exista una libre competencia en el mercado del aseo tal como pregonaba la Ley 142 (...) **El alcalde ordenó a sus funcionarios estar listos a asumir el 100% de la operación** de aseo en la ciudad de Bogotá el 18 de diciembre (...)"²⁰⁵.*

Ahora bien, este Despacho concuerda con lo indicado por la Delegatura en el Informe Motivado respecto de la capacidad de injerencia de GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO, en su calidad de Alcalde Mayor y miembro de junta, sobre la administración de la EAB, la cual es "*virtualmente incontrovertible*" ya que está en capacidad de designar a siete de los nueve miembros de la Junta Directiva de la EAB. Lo anterior, le permite GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO reunir la mayoría necesaria para la toma de cualquier decisión y, por ende, influir directamente un amplio espectro, sino todas, las decisiones propias de la Junta Directiva de la empresa.

Así, para este Despacho resulta probado que, como se indicó en el Informe Motivado, GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO, "*fue el principal artífice de la participación que tuvo la EAB en la implementación del nuevo esquema, desde su génesis hasta su materialización real*".

Por lo anterior, este Despacho encuentra que GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO incurrió en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, al haber colaborado, autorizado y ejecutado la realización una práctica restrictiva de la competencia que resultó en la violación del artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

²⁰³ Folio 1036 a 1037 del Cuaderno Público No. 5 del Expediente.

²⁰⁴ Folios 5300 del Cuaderno Público No. 25 del Expediente.

²⁰⁵ Ver: <http://www.youtube.com/watch?v=e1QMItx7FE> (Fecha de consulta: enero 24 de 2014).

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

12.2.2. DIEGO FERNANDO BRAVO BORDA, Gerente General de la EAB para la época de los hechos

La participación directa de DIEGO FERNANDO BRAVO BORDA se corroboró de la siguiente forma: (i) participación en las reuniones de Junta Directiva de la EAB, (ii) suscripción del Contrato Interadministrativo No. 017 de 2012, celebrado entre la UAESP y la EAB; (iii) suscripción, en su calidad de Gerente General de la EAB, del Contrato Interadministrativo No. 1-07-10200-0809-2012 de 2012 con AGUAS DE BOGOTÁ; (iv) funciones y actividades realizadas en calidad de Gerente General de la EAB señaladas en interrogatorio practicado el 7 de noviembre de 2013; (v) lo indicado en el debate de control político y las manifestaciones hechas ante la Comisión Sexta del Senado de la República el 11 de noviembre de 2012 y ante el Concejo de Bogotá en sesión del 10 de diciembre de 2012.

En primer lugar, teniendo en cuenta las pruebas que obran en el Expediente y lo señalado en el Informe Motivado, de acuerdo con el artículo 22 de la Ley 222 de 1995, DIEGO FERNANDO BRAVO BORDA, como Gerente General de la EAB, ostentaba la calidad de administrador de la mencionada empresa, por lo que participaba en calidad de invitado en las reuniones de Junta Directiva de la EAB²⁰⁶.

En efecto, según consta en el numeral 4 del Acta No. 2480 del 5 de septiembre de 2012, DIEGO FERNANDO BRAVO BORDA manifestó lo siguiente:

"(...) en la actualidad se está definiendo el operador público de aseo en la ciudad, lo cual ha propiciado el análisis acerca del modelo a adoptar por parte de la Administración Distrital y la determinación de la entidad encargada de la prestación de este servicio público.

Por ello, a la luz del régimen legal vigente, se presenta a consideración de la Junta Directiva una reforma estatutaria para ampliar el objeto social de la EAAB, con el fin de permitir que la ciudad tenga una empresa de carácter público para la prestación de este servicio. Agrega que con esta reforma la Empresa queda facultada para eventualmente, prestar el servicio público de aseo, en caso de que la Administración Distrital en cabeza del Alcalde Mayor de Bogotá D.C., con base en los estudios técnicos y análisis económicos correspondientes que se están adelantando, tome esta decisión. (...)"²⁰⁷. (Subrayas y negrillas fuera del texto original)

Adicionalmente, en el numeral 4.3. del Acta referente a la "CAPITALIZACIÓN AGUAS DE BOGOTÁ S.A. ESP", se encontró que el investigado consideraba importante definir claramente que los recursos pudieran ser destinados a la prestación del servicio de aseo, verificar la existencia de un negocio factible y proceder a la constitución de una figura jurídica que protegiera la capitalización mencionada de cualquier tipo de contingencia²⁰⁸.

²⁰⁶ Acta No. 2479 del 29 de agosto de 2012, Acta No. 2480 del 5 de septiembre de 2012, Acta No. 2481 del 19 de septiembre de 2012, Acta No. 2482 del 2 de octubre de 2012, Acta No. 2483 del 12 de octubre de 2012. Folios 2982 a 2988, 2989 a 3006, 3007 a 3012 y 3013 a 3025 del Cuaderno Reservado No. 3 del Expediente y Folios 1603 a 1613 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente.

²⁰⁷ Folio 2998 del Cuaderno Reservado No. 3 del Expediente.

²⁰⁸ Folio 3004 del Cuaderno Reservado No. 3 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

Así mismo, en el numeral 3 del Acta No. 2483 del 12 de octubre de 2012 quedaron consignados los términos en los que se pronunció el investigado en relación con el proceso que debía seguir la EAB para poder prestar el servicio de aseo en Bogotá:

"(...) [P]ara asegurar la prestación del servicio de aseo en Bogotá, se hace necesario que la Empresa realice unos movimientos presupuestales con destino a la adquisición de la flota de vehículos que se utilizará para este fin. Explica que fruto de las discusiones que ha llevado a cabo la Administración Distrital en cabeza del Alcalde Mayor se concluyó que el Acueducto de Bogotá debe ser el operador público de aseo en tanto se constituya la nueva sociedad, esto debido a que la creación de la nueva entidad requiere mayor tiempo y tramites que denotan una gran complejidad. Por ello, se suscribirá un convenio con la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos con base en las facultades otorgadas para ello por la ley y por el Auto 275 de 2011 de la Corte Constitucional, para asegurar la prestación del servicio y la incorporación en la cadena productiva de los recicladores. (...)"²⁰⁹.

En segundo lugar, encuentra este Despacho que DIEGO FERNANDO BRAVO BORDA suscribió el Contrato Interadministrativo No. 017 de 2012, celebrado entre la UAESP y la EAB, cuyo objeto es la prestación del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá, tal como ilustra el objeto social en los siguientes términos:

"CLÁUSULA 1- OBJETO: La gestión y operación del servicio público de aseo en el área de la ciudad de Bogotá D.C., en sus componentes de recolección, barrido, limpieza de vías y áreas públicas, corte de césped, poda de árboles en áreas públicas y transporte de los residuos al sitio de disposición final y todas las actividades de orden financiero, comercial, técnico, operativo, educativo y administrativo que ello conlleva (...)"²¹⁰.

En tercer lugar, DIEGO FERNANDO BRAVO BORDA, suscribió en su calidad de Gerente General de la EAB, el Contrato Interadministrativo No. 1-07-10200-0809-2012 de 2012 con AGUAS DE BOGOTÁ, cuyo objeto es la de realizar las actividades operativas para la prestación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá, tal como ilustra el objeto social en los siguientes términos:

"(...) PRIMERA-OBJETO: El objeto del contrato es realizar las actividades operativas para la prestación del servicio público de aseo y sus actividades complementarias en toda la ciudad de Bogotá D.C., bajo la dirección y supervisión de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá ESP (...)"²¹¹.

En cuarto lugar, de lo señalado en el interrogatorio practicado a DIEGO FERNANDO BRAVO BORDA el 7 de noviembre de 2013²¹², es posible concluir que el investigado participó directamente en el diseño, la estructuración, implementación y ejecución efectiva del actual esquema de aseo que rige en Bogotá. Sobre este punto indicó:

²⁰⁹ Folio 3015 el Cuaderno Reservado No. 3 del Expediente.

²¹⁰ Folio 304 del Cuaderno Público No. 3 del Expediente.

²¹¹ Folio 3393 del Cuaderno Público No. 17 del Expediente.

²¹² Folios 6498 a 6499 del Cuaderno Público No. 31 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

"Pregunta: Podría indicarle a este Despacho ¿Qué asuntos relacionados con el tema de aseo manejó como Gerente de la EAAB?"

Respuesta: En mi condición de gerente, por supuesto participé en la mayor parte de las discusiones que se hicieron al interior de la administración para definir cuál era el camino que debía adoptar la administración. (...) (Subrayas y negrillas fuera del texto original)

"Pregunta: ¿Podría indicar a este Despacho, las fechas de su vinculación y desvinculación?"

Respuesta: Yo me vinculé el 4 de enero de 2011 y me retiré o mi último día fue el 7 de marzo de 2013".

"Pregunta: ¿Usted participaba en la Junta Directiva de la EAAB en su calidad de Gerente, y lo hacía en calidad de miembro?"

Respuesta: No, de gerente, los gerentes tienen voz pero no tienen voto".

"Pregunta: ¿Quién suscribió en Convenio Interadministrativo?"

Respuesta: Yo suscribí el convenio, junto con el Director de la UAESP, HENRY ROMERO".

En quinto lugar, este Despacho pudo comprobar la participación de DIEGO FERNANDO BRAVO BORDA en la modificación unilateral del esquema de aseo en Bogotá teniendo en cuenta los pronunciamientos de éste en el debate de control político que se realizó el 11 de noviembre de 2012 ante la Comisión Sexta del Senado de la Republica. Específicamente el investigado indicó:

"Muchas gracias Presidente, (...), en representación del Alcalde y en mi condición de citado, quisiera hacer unas reflexiones y una presentación que apunte a señalar cómo nosotros no estamos frente a una circunstancia corriente en la que corresponda hacer el análisis en general de la Ley, sino que estamos frente a una circunstancia excepcional que resulta de un pronunciamiento de la Corte Constitucional (...) independientemente de que como señala el Superintendente, uno desde lo personal puede estar o no en acuerdo con el Régimen de Libre Competencia en servicios como estos; es sencillamente algo contrario a la conveniencia pública, pero no estamos discutiendo eso, no estamos discutiendo si la Ley dice eso o no dice eso (...)

Hay quienes insisten sostener que el principio que rige en Colombia es el de la Libre Competencia, pues nosotros no lo vemos de esa manera, nosotros creemos que el principio que rige Constitucional y el Legalmente es que es deber del Estado asegurar la prestación adecuada del servicio. Hay una regla general de la Libre Competencia con unas excepciones y se señalan las condiciones en que se pueda acudir al régimen de Libre Competencia, perdón, a esas excepciones. Pero si ustedes bien lo recuerdan, en esta ciudad llevamos más de 24 años certificando por la Comisión Reguladora que no existen condiciones para prestar el servicio bajo el régimen de Libre Competencia porque ello no garantizan la extensión de la cobertura a la población de menos ingresos tal como lo señala el artículo 40 de la Ley 142 de Servicios Públicos, y la última vez que lo hizo la Comisión Reguladora de Servicio Públicos, fue en febrero del año pasado y lo certificó para el otro año. Entonces, están verificadas las condiciones de acuerdo con las cuales no es posible que en la ciudad de Bogotá se extienda la

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

asumir íntegramente el servicio a partir del 18 de diciembre del año en curso²¹⁴.
(Subrayado y negrilla fuera del texto original).

Por lo tanto, resulta probado que DIEGO FERNANDO BRAVO BORDA incurrió en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, en el entendido de que colaboró, facilitó, autorizó y ejecutó la realización de una práctica restrictiva de la competencia que resultó en la violación del artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

12.2.3. ALBERTO JOSÉ MERLANO ALCOCER, miembro principal de la junta directiva de la EAB para la época de los hechos, y actual Gerente General de la misma

Este Despacho encontró evidencia que permite concluir que ALBERTO JOSÉ MERLANO ALCOCER, miembro principal de la junta directiva de la EAB desde el 25 de enero de 2012 hasta el 29 de mayo de 2013²¹⁵, y actual Gerente General de la EAB, colaboró, facilitó, autorizó y ejecutó la realización de una práctica restrictiva de la competencia que resultó en la violación del artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

En primer lugar, ALBERTO JOSÉ MERLANO ALCOCER, como miembro de la Junta Directiva de la EAB, actuó en calidad de asesor de la Alcaldía Mayor de Bogotá, como se acredita en las actas de junta directiva de la EAB No. 2479 del 29 de agosto de 2012²¹⁶; 2480 del 5 de septiembre de 2012²¹⁷; 2481 del 19 de septiembre de 2012²¹⁸; y 2482 del 2 de octubre de 2012²¹⁹.

Con base en lo anterior, este Despacho encuentra que, como se indicó en el Informe Motivado, ALBERTO JOSÉ MERLANO ALCOCER, por ser miembro principal de la Junta Directiva de la EAB, ostentaba la calidad de administrador de la misma, de conformidad con el artículo 22 de la Ley 222 de 1995.

En segundo lugar, obra en el Expediente prueba que demuestra que ALBERTO JOSÉ MERLANO ALCOCER tuvo injerencia directa en las discusiones y toma de decisiones sobre el diseño, la estructuración, implementación y ejecución efectiva del actual esquema de aseo que rige en Bogotá, según lo manifestado por el investigado en el

²¹⁴ DVD que contiene grabación de los dos últimos debates realizados en el Concejo de Bogotá, relacionados con el sistema de recolección de basuras en Bogotá. Folio 3674 del Cuaderno Público No. 17 del Expediente.

²¹⁵ De conformidad con el Decreto 46 del 25 de enero de 2012, "Por medio del cual se determina la composición de la Junta Directiva de la EAAB" ALBERTO JOSÉ MERLANO ALCOCER era miembro de la Junta Directiva de la EAB, posición que ostentó hasta la expedición del Decreto 238 del 29 de mayo de 2013, fecha en la cual su lugar en la Junta pasó a ser ocupado por AUGUSTO RODRÍGUEZ BALLESTEROS.

²¹⁶ Folios 2982 a 2988 del Cuaderno Reservado No. 3 del Expediente.

²¹⁷ Folios 2989 a 3006 del Cuaderno Reservado No. 3 del Expediente.

²¹⁸ Folios 3007 a 3012 del Cuaderno Reservado No. 3 del Expediente.

²¹⁹ Folios 1603 a 1613 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

interrogatorio practicado el 21 de octubre de 2013²²⁰. En dicho interrogatorio, el investigado se refirió a su papel como asesor del Alcalde en temas de Gobierno y como miembro de Junta Directiva. Puntualmente, el investigado señaló:

"Pregunta: ¿Intervino usted y de qué forma en la implantación del nuevo esquema de aseo en Bogotá?"

Respuesta: Yo estuve como asesor de la Alcaldía desde el mes de abril más o menos del año pasado, (...) y también era miembro de la Junta Directiva del Acueducto como particular, o sea, era un contrato de prestación de servicio de OPS, o sea, de honorarios, como particular, era asesor del Alcalde en temas de Gobierno Corporativo y miembro de la Junta, entonces intervine en muchas discusiones como asesor, el asesor pues emite conceptos pero los conceptos no obligan, ustedes (...) dieron a conocer uno de los documentos de los que se usaron o de los que quedaron constancia de esa época, de observaciones hechas al Alcalde y al Gerente del Acueducto de Bogotá en ese momento el Doctor DIEGO BRAVO, entonces, en ese tema y en muchos otros temas más, la asesoría se manifestó, o sea, tenía concepto, tenía opinión y las expresaba".

"Pregunta: ¿Prestó asesorías en temas de aseo?"

Respuesta: En temas de la organización de aseo dentro de mis funciones estubo producir conceptos e ideas sobre el tema de aseo. (...)"

"Pregunta: ¿Participó en reuniones de Asambleas o Juntas Directivas para tomar decisiones respecto de la implementación del nuevo esquema?"

Respuesta: Si"

"Pregunta: ¿De qué forma?"

Respuesta: Por ejemplo, cuando se determinó darle a la empresa de aseo, o no a la empresa de aseo, a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado la función de aseo, su cambio misional, se discutió en Junta Directiva y en algunos temas generales, informes del Gerente del Acueducto, del estado en que iba la gestión del aseo, o sea, no para toma de decisiones ya específicas, si no para información y debates sobre la información frente al tema del aseo".

Finalmente, este Despacho concuerda con lo indicado por la Delegatura en el Informe Motivado, según lo cual "no existe evidencia que indique que **ALBERTO JOSÉ MERLANO ALCOCER** hubiese manifestado su desacuerdo con las decisiones adoptadas al interior de este órgano colegial"²²¹.

Por las anteriores consideraciones, para el Despacho se encuentra probado que ALBERTO JOSÉ MERLANO ALCOCER incurrió en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, en el entendido de que colaboró y toleró la realización de una práctica restrictiva de la competencia que resultó en la violación del artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

²²⁰ Folios 6237 a 6249 del Cuaderno Público No. 30 del Expediente.

²²¹ Informe Motivado, p. 176.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

12.2.4. HENRY ROMERO TRUJILLO, ex Director General de la UAESP

De acuerdo con las pruebas obrantes en el Expediente y lo señalado por la Delegatura en el Informe Motivado, este Despacho encontró evidencia que permite concluir que HENRY ROMERO TRUJILLO, incurrió en la responsabilidad prevista en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

Según el Decreto 413 del 31 de agosto de 2012²²², para la época de los hechos, el investigado era Director General de la UAESP. Lo anterior implica, de acuerdo con el artículo 22 de la Ley 222 de 1995, que HENRY ROMERO TRUJILLO ostentaba la calidad de administrador de dicha Entidad.

Encuentra este Despacho que HENRY ROMERO TRUJILLO suscribió: (i) los documentos contentivos de los estudios previos de contratación directa²²³, del 29 de junio de 2011, soporte necesario para firmar los contratos con los operadores privados; (ii) el Acto Administrativo de justificación de contratación directa del 2 de octubre de 2012²²⁴, que contiene las razones por las cuales se consideró que la EAB era la entidad idónea para la prestación del servicio de aseo en Bogotá; y (iii) el Contrato Interadministrativo No. 017 de 2012, celebrado entre la UAESP y la EAB, que tenía como objeto la gestión y operación del servicio público de aseo en el área de la ciudad de Bogotá, en sus componentes de recolección, barrido, limpieza de vías y áreas públicas, corte de césped, poda de árboles en áreas públicas y transporte de los residuos al sitio de disposición final y todas las actividades de orden financiero, comercial, técnico, operativo, educativo y administrativo que ello conlleva²²⁵.

Adicionalmente, el investigado ratificó su participación en el diseño e implementación del nuevo esquema de aseo, cuando en el interrogatorio practicado el 17 de octubre de 2013²²⁶ indicó:

"Pregunta: De acuerdo con las funciones que desempeñaba en la Unidad, ¿Tuvo a su cargo alguna relacionada directa o indirectamente con el servicio de aseo en Bogotá?"

Respuesta: Sí, cumplir, dirigir el cumplimiento de la función que le asignan a la UAESP el mencionado artículo 116 del acuerdo 257 que le asignan como objeto garantizar la prestación del servicio de aseo en sus diferentes componentes en toda la ciudad".

"Pregunta: ¿Participó usted en esos estudios previos?"

²²² "Por medio del (Sic) se hace un encargo." EL ALCALDE MAYOR DE BOGOTÁ D.C. (...) **DECRETA: Artículo 1º-** Encargar al doctor HENRY ROMERO TRUJILLO, identificado (...) Jefe de Oficina Código 115 Grado 06 de la Oficina Asesora de Planeación de la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos, del cargo de Director General Código 050 Grado 09 de la misma entidad, mientras se provee el cargo. (...)".

²²³ Folio 6068 a 6084 del Cuaderno Público No. 29 del Expediente.

²²⁴ Folio 1791 a 1800 del Cuaderno Público No. 9 del Expediente.

²²⁵ Folio 522 del Cuaderno Público No. 3 del Expediente.

²²⁶ Folios 6063 a 6065 del Cuaderno Público No. 29 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

Respuesta: *Sí, yo dirigí, primero como jefe de planeación y después como Director, yo dirigí la elaboración de los estudios previos personalmente".*

"Pregunta: *¿Firmó usted el Contrato Interadministrativo suscrito entre la UAESP y la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO?*

Respuesta: *Sí".*

"Pregunta: *¿Participó usted en el diseño del nuevo esquema de aseo que se implementó en la ciudad a partir del 18 de diciembre?*

Respuesta: *Pues es que el modelo que se implementó fue el convenio 017 y claro yo sí, yo estuve en la estructuración, yo hice los estudios previos, o sea la entidad responsable de los estudios, de estructurar y de garantizar el servicio en Bogotá es la UAESP, la entidad que hizo todos los estudios previos, el modelo y que de hecho elaboró el convenio y lo suscribió fue la UAESP y como director yo estuve y como director jefe de planeación estuve en la presentación del estudio ante la CRA entonces yo participé en la estructuración pero como les dije anteriormente la UAESP es el contratista, hay una cláusula que dice, lo dice la ley 80 pero que, el servicio será prestado por la empresa de acueducto y alcantarillado con plena autonomía técnica, financiera y administrativa y de hecho tanto con la empresa de acueducto como con los operadores la UAESP no se inmiscuye en una coma en la operación, la UAESP supervisa, atiende, mira las quejas y reclamos, eh la UAESP es la que saca la tarifa mensualmente, la UAESP expide cada mes una resolución por la cual se fija la tarifa y esa tarifa es la que aplican los operadores, pero en la prestación del servicio (...) eso es autonomía del operador, (...), lo mismo que se aplicó a la empresa de acueducto se le aplicó a los 4 operadores que venían durante 15 años prestando el servicio, la misma cláusula, usted me presta el servicio con autonomía, entonces la UAESP participó en la estructuración del modelo y en la contratación".*

Así, el Despacho encuentra que HENRY ROMERO TRUJILLO, en su calidad de jefe de planeación y, posteriormente, como Director General de la UAESP para la época de los hechos, dirigió y colaboró en el diseño, la estructuración, implementación y ejecución efectiva del actual esquema de aseo que rige en Bogotá, incurriendo en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, en el entendido de que colaboró, facilitó, autorizó y ejecutó la realización de una práctica restrictiva de la competencia que violó el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

12.2.5. NELLY MOGOLLÓN MONTAÑEZ, Directora General de la UAESP

De conformidad con la evidencia recaudada, se puede concluir que NELLY MOGOLLÓN MONTAÑEZ tuvo un papel principal en el despliegue de la conducta, lo cual la hace responsable de conformidad con el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009. Se llega a la anterior conclusión, luego de revisar el Decreto 554 del 5 de diciembre de 2011²²⁷ y la declaración de la investigada.

²²⁷ "Por medio de la cual se hace un nombramiento' EL ALCALDE MAYOR DE BOGOTÁ, D.C. (...) DECRETA: Artículo 1°. Nombrar a la doctora NELLY MOGOLLÓN MONTAÑEZ, (...) en el cargo de Director General Código 050 Grado 09 de la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos. (...)".

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

Tal y como se señaló en el Informe Motivado, según el mencionado decreto, desde el 5 de diciembre de 2011 hasta el 31 de agosto de 2012, NELLY MOGOLLÓN MONTAÑEZ fue la Directora General de la UAESP, y por ende, según el artículo 22 de la Ley 222 de 1995, la administradora de dicha Entidad.

Sin embargo, en el interrogatorio practicado el 21 de noviembre de 2013²²⁸, la investigada indicó que no participó en el diseño del nuevo esquema de aseo. Específicamente, expresó lo siguiente a las preguntas formuladas por la Superintendencia:

"Pregunta: *¿La UAESP concluyó que era la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ la que debería prestar el servicio de aseo de Bogotá, en la ciudad de Bogotá?*

Respuesta: *Digamos, ahí yo no participé en esa parte del proceso y es importante aclarar que yo empecé a trabajar en la UAESP a partir del 6 de diciembre. Entonces en esta parte del proceso yo no participe pero ahí están los estudios, los archivos de correspondencia y demás donde hay muchos documentos, incluso hay (...) un documento del 14 de noviembre en donde UAESP responde a la Contraloría y le habla del proceso de la contratación con los operadores privados para digamos garantizar la calidad y cobertura de los servicios"*

"Pregunta: *¿Y del Decreto 564?*

Respuesta: *Tampoco".*

"Pregunta: *De acuerdo a las funciones que desempeñaba en la Unidad, ¿Tenía algún cargo relacionado directamente con el servicio de aseo en Bogotá?*

Respuesta: *Sí, misionalmente la responsabilidad de la UAESP es garantizar la prestación del servicio de aseo en la ciudad".*

"Pregunta: *¿Cuáles fueron las políticas diseñadas y seguidas por la UAESP respecto del servicio de aseo en Bogotá, digamos, desde el comienzo hasta la fecha?*

Respuesta: *La UAESP como tal no diseña las políticas, las ejecuta y a través de su acción y sus responsabilidades encomendadas busca garantizar la prestación del servicio de aseo en todos los componentes. Los componentes del servicio de aseo están conformados por recolección, barrido, limpieza, transporte al sitio de disposición final si se trata de servicio de RBL y tiene unos servicios complementarios dentro los cuales están considerados el corte de césped, la poda de árboles y por otro lado hay otros componentes que hacen parte del servicio que están contemplados, como el servicio de reciclaje y aprovechamiento y también están contemplados los servicios relacionados con las labores comerciales que son el establecimiento de la tarifa, garantizar que exista una tarifa y que existan los procesos de facturación y recaudo para garantizar que el sistema como un todo cierre y se pueda garantizar el servicio pagando los servicios prestados por los diferentes actores que intervienen en el proceso".*

"Pregunta: *¿Participó usted en la suscripción del Contrato Interadministrativo 017?*

²²⁸ Folios 6693 a 6696 del Cuaderno Público No. 32 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

Respuesta: No señor".

"Pregunta: ¿Firmó usted los contratos de operación con los operadores privados después del 17 de diciembre?

Respuesta: Se firmó con CIUDAD LIMPIA el 17 de diciembre y con ASEO CAPITAL y LIME el 19 creó...19, si y con ATESA el 21".

Ahora bien, este Despacho encontró en la respuesta de LIME al requerimiento de información realizado por esta Superintendencia, que la investigada participó en reuniones con funcionarios de la Administración Distrital, donde se presentaba una alternativa de subcontratación entre LIME y la EAB, y LIME y la UAESP. Específicamente, la respuesta señalaba lo siguiente:

*"El pasado 14 de diciembre de 2012, El Representante Legal de LIME S.A. E.S.P. Ing. Oscar Sebastián Alesso, fue convocado y asistió a una reunión con funcionarios de la Administración Distrital, entre quienes se encontraban la doctora **María Mercedes Maldonado, Secretaria de Hábitat**, María Susana Mohammad, Secretaria de Ambiente, y el doctor Ricardo Bonilla, Secretario de Hacienda Distrital.*

En el curso de la misma, los referidos funcionarios presentaron una alternativa de subcontratación entre LIME S.A. E.S.P. y la EAAB, para la prestación del servicio de aseo, fundada en el Decreto Distrital No. 564 de 2012

(...)

El día 16 de Diciembre de 2012 en nueva reunión convocada por los aludidos funcionarios, éstos plantearon la alternativa de contratación entre la UAESP y LIME S.A. E.S.P., bajo el amparo de declaratoria de urgencia manifiesta (...)²²⁰. (Subrayas y negrilla fuera de texto original).

Por su parte, CIUDAD LIMPIA manifestó que en el marco de la celebración del contrato de operación con la UAESP el 18 de diciembre de 2012²³⁰, se realizaron negociaciones con el Distrito, de las cuales participaron los siguientes funcionarios:

*"Por parte del Distrito: la doctora Susana Mohamad, Secretaria de Ambiente del Distrito, la Doctora **María Mercedes Maldonado, Secretaria Distrital de Hábitat**, la Gerente General de la Uaesp, doctora **Nelly Mogollón**, el doctor Carlos Hernán Rojas, Subdirector Legal (e) de la Uaesp; el Doctor Jorge Pino Ricci, asesor externo, el doctor Ricardo Bonilla González Secretario de Hacienda y el doctor **Diego Bravo, Gerente de la EAAB**²³¹ (Negrilla fuera de texto original).*

Así mismo, ASEO CAPITAL indicó haberse reunido con funcionarios del distrito, durante el proceso de negociación del contrato de operación del servicio de aseo No. 260 suscrito con la UAESP el 19 de diciembre de 2012²³².

²²⁹ Folio 2816 del Cuaderno Público No. 14 del Expediente.

²³⁰ Folio 2851 del Cuaderno Público No. 14 del Expediente.

²³¹ Folio 2854 del Cuaderno Público No. 14 del Expediente.

²³² Folio 2929 del Cuaderno Público No. 15 del Expediente.

fw

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

"- Doctora Maria Mercedes Maldonado Copello, en su calidad de Secretaria de Hábitat de Bogotá.

(...)

- Doctora Nelly Mogollón Montañez en su calidad de Directora General de la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos -UAESP

(...)²³³.

Si bien se desprende de lo anterior que NELLY MOGOLLÓN MONTAÑEZ no participó en el diseño del nuevo esquema de aseo, está probado que sí tuvo una importante participación en su implementación y ejecución. En particular, está probado que la investigada participó en reuniones, **suscribió los contratos de operación con los demás operadores**, y ejecutó las obligaciones en ellos consignadas mediante los cuales se materializaba el nuevo esquema de aseo en Bogotá.

Con base en lo señalado anteriormente, para este Despacho resulta evidente que NELLY MOGOLLÓN MONTAÑEZ incurrió en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, en el entendido de que colaboró, facilitó, autorizó, ejecutó y toleró la realización de conductas que derivaron en una infracción del régimen de libre competencia.

12.2.6. RICARDO AGUDELO SEDANO, Gerente General de AGUAS DE BOGOTÁ para la época de los hechos

Este Despacho encontró evidencia que permite concluir que RICARDO AGUDELO SEDANO incurrió en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, al ejecutar el actual esquema de aseo que rige en Bogotá.

Según oficio del Secretario ad-hoc de la Junta Directiva de AGUAS DE BOGOTÁ, FABIÁN ALBERTO SAAVEDRA RÍOS, del 22 de diciembre de 2012²³⁴, RICARDO AGUDELO SEDANO, fue designado por la Junta Directiva, como Gerente General de AGUAS DE BOGOTÁ. Dicho cargo fue aceptado por el investigado el 31 de diciembre de 2012²³⁵, mediante oficio dirigido a DIEGO BRAVO BORDA, Presidente de la Junta Directiva de AGUAS DE BOGOTÁ.

De conformidad con el artículo 22 de la Ley 222 de 1995, RICARDO AGUDELO SEDANO, al ser el Gerente General para la época de los hechos, ostentaba la calidad de administrador de AGUAS DE BOGOTÁ.

²³³ Folio 2929 del Cuaderno Público No. 15 del Expediente.

²³⁴ Folio 4130 del Cuaderno Público No. 19 del Expediente.

²³⁵ Folio 4131 del Cuaderno Público No. 19 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

En el interrogatorio practicado el 15 de octubre de 2013²³⁶, el investigado se refirió a su participación en el diseño e implementación del nuevo esquema de aseo, en los siguientes términos:

"Pregunta: De acuerdo con las funciones que desempeña en esta empresa, ¿Tiene a su cargo alguna función relacionada directa o indirectamente con el servicio de aseo en Bogotá?

Respuesta: Como gerente general hay varios proyectos entre los cuales se encuentra el proyecto de aseo".

"Pregunta: Conoce usted y podría indicarle a este Despacho, ¿Cuáles han sido las políticas diseñadas y seguidas por AGUAS DE BOGOTÁ respecto del servicio de aseo en Bogotá?

Respuesta: Más que una política lo que ha hecho AGUAS DE BOGOTÁ es ejecutar un contrato interadministrativo No. 107102000809 del 2012 suscrito entre la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá y la empresa AGUAS DE BOGOTÁ".

"Pregunta: ¿Usted ha participado en reuniones para tomar decisiones respecto de la prórroga del Contrato que se firmó en el año 2012?

Respuesta:Cuál contrato, discúlpeme".

"Pregunta: ¿En el contrato que se firmó entre la Empresa de Acueducto y AGUAS DE BOGOTÁ?

Respuesta: ¿Para la ampliación del plazo?"

"Pregunta: Sí, para la ampliación del plazo.

Respuesta: Claro que sí porque yo soy representante de AGUAS DE BOGOTÁ y en esa calidad estuve suscribiendo la ampliación del término".

De acuerdo con lo anterior, este Despacho encuentra que RICARDO AGUDELO SEDANO, al ser el Gerente General de AGUAS DE BOGOTÁ, empresa encargada de la ejecución del Contrato Interadministrativo No. 809-2012 de 2012 celebrado entre la EAB y AGUAS DE BOGOTÁ, incurrió en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, en el entendido de que colaboró, facilitó, autorizó y ejecutó la realización de una práctica restrictiva de la competencia que resultó en la violación del artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

12.2.7. MARIO ÁLVAREZ ULLOA, Gerente General de AGUAS DE BOGOTÁ desde el 18 de octubre de 2012 hasta el 31 de diciembre de 2012

De acuerdo con las pruebas obrantes en el Expediente y lo señalado por la Delegatura en el Informe Motivado, este Despacho encontró evidencia que le permite concluir que MARIO ÁLVAREZ ULLOA, incurrió en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del

²³⁶ Folios 5951 a 5952 del Cuaderno Público No. 28 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, al tener un papel trascendental en la ejecución efectiva del actual esquema de aseo que rige en Bogotá.

MARIO ÁLVAREZ ULLOA tenía la calidad de administrador de AGUAS DE BOGOTÁ para la época de los hechos que dieron origen a la presente investigación, toda vez que desempeñó el cargo de Gerente General de la mencionada empresa desde el 18 de octubre de 2012 hasta el 31 de diciembre de 2012.

Dentro de las pruebas que dan cuenta de la participación del investigado en la ejecución de la conducta imputada, se encuentra que siendo Gerente General de AGUAS DE BOGOTÁ suscribió el Contrato Interadministrativo No. 1-07-10200-0809-2012 de 2012 con la EAB, cuyo objeto consistía en "realizar las actividades operativas para la prestación del servicio público de aseo y sus actividades complementarias en toda la ciudad de Bogotá D.C., bajo la dirección y supervisión de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá ESP (...)"²³⁷.

Al respecto, en el interrogatorio practicado el 12 de noviembre de 2013²³⁸, MARIO ÁLVAREZ ULLOA indicó:

"Pregunta: ¿Firmó usted el Contrato Interadministrativo entre AGUAS DE BOGOTÁ y la EAAB? ¿Por cuánto tiempo lo firmaron?

Respuesta: Sí, yo como Gerente de AGUAS DE BOGOTÁ, obviamente, representante legal, una de mis funciones por estatutos es firmar los contratos, hacer la planeación. Yo firme el contrato con AGUAS DE BOGOTÁ, como representante legal el 4 de diciembre del 2012 por un periodo de 4.5 meses, que fue el plazo inicial. Después, pues, obviamente, yo dure en aseo mi gestión de aseo fue del 18 al 22, el 22 la Junta decidió sacarme de la empresa, sin ninguna motivación, simplemente me declara como insubsistente y punto. Estuve 5 días en la noche tenebrosa, larga del 18 de diciembre al 22, pero se hizo todo lo que tenía que hacerse, tener volquetas, tener personal, tener dotaciones y de hecho si usted mira, Doctor, con todo respeto el comportamiento de disposición final con todas las dificultades que hubo, obviamente, no puedo llevar un compactador de 10 toneladas a una volqueta con 4 toneladas o 3.5, que es lo que lleva una volqueta de esas, pero no hubo emergencia sanitaria en la ciudad hay quienes han opinado de escenarios anteriores, ante la crisis de Jaime Castro, la crisis de Andrés Pastrana que la ciudad estuvo en peores condiciones en esa época que en el escenario nuestro. (...)"

"Pregunta: ¿Cuál es su experiencia profesional? ¿Nos podría indicar los principales cargos que ha venido desempeñando?

Respuesta: (...) Posteriormente, fui nombrado gerente AGUAS DE BOGOTÁ en octubre de 2012, allí me desempeñe y trabajé arduamente en lo que fue el modelo de implementación operativa del proyecto aseo, para lo cual se instrumentó una gerencia específica, operativa y toda la estructura administrativa y financiera a que garantizara que una vez vencidos los contratos de los operadores privados, AGUAS DE BOGOTÁ,

²³⁷ Folio 3393 del Cuaderno Público No. 17 del Expediente.

²³⁸ Folios 6657 a 6658 del Cuaderno Público No. 32 del Expediente.

W

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

una filial del ACUEDUCTO DE BOGOTÁ, pudiera prestar el servicio en la ciudad de Bogotá, para lo cual se suscribió el respectivo contrato entre AGUAS DE BOGOTÁ y el ACUEDUCTO, (...). Estuve compartiendo las discusiones y los análisis en todas las instancias del Distrito sobre el tema de modelo de basura cero que fue un modelo que la ciudadanía a través de la votación y su alcalde GUSTAVO PETRO, (...)"

Adicionalmente, se encuentra en el expediente el Acta de reunión en la Alcaldía de fecha 30 de noviembre de 2012, donde se deja constancia de la participación activa del investigado en la estructuración de la operación del nuevo esquema de recolección de basuras, en los siguientes términos:

"El Dr. Asprilla pregunta a Mario Álvarez ¿Cuántas personas tiene para dirigir el proyecto del servicio de aseo? El Sr. Álvarez responde, cuatro personas básicamente. El Dr. Asprilla solicita a Henry Romero que identifique y designe en comisión a personas de la UAESP para que estén de "tiempo completo" y bajo las órdenes del Dr. Mario de igual manera solicito (sic) lo mismo por parte de EAAB²³⁹.

Con base en las pruebas identificadas anteriormente, este Despacho encuentra evidencia que MARIO ÁLVAREZ ULLOA incurrió en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, en la medida que con su participación en las reuniones en las que se debatió el nuevo modelo del servicio, así como con la designación que le hiciera el entonces gerente de la UAESP para dirigir el equipo de trabajo que tuvo a su cargo "de tiempo completo" el proyecto del servicio de aseo, colaboró, facilitó, autorizó, ejecutó y toleró la realización de una práctica restrictiva que violó el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

12.2.8. GERARDO IGNACIO ARDILA CALDERÓN, miembro principal de la Junta Directiva de la EAB

Existen pruebas en el Expediente que permiten concluir que GERARDO IGNACIO ARDILA CALDERÓN, miembro principal de la Junta Directiva de la EAB, tuvo injerencia directa en las deliberaciones y toma de decisiones respecto del diseño, la estructuración, implementación y ejecución efectiva del actual esquema de aseo que rige en Bogotá. Las pruebas que tuvo en cuenta esta Superintendencia se señalan a continuación:

En primer lugar, la calidad de miembro principal de la Junta Directiva de la EAB que ostentaba el investigado desde julio de 2012, en su calidad de Secretario Distrital de Planeación, se acredita con las Actas de Junta Directiva de la EAB No. 2479 del 29 de agosto de 2012²⁴⁰, 2482 del 5 de septiembre de 2012²⁴¹; y 2482 del 2 octubre de 2012²⁴².

²³⁹ Folios 3659 a 3661 del Cuaderno Reservado No. 8 del Expediente.

²⁴⁰ Folios 2982 a 2988 del Cuaderno Reservado No. 3 del Expediente.

²⁴¹ Folios 2989 a 3006 del Cuaderno Reservado No. 3 del Expediente.

²⁴² Folios 1603 a 1613 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

Ahora bien, de conformidad con el artículo 22 de la Ley 222 de 1995, al ser miembro principal de la Junta Directiva de la EAB, GERARDO IGNACIO ARDILA CALDERÓN, ostentaba la calidad de administrador de la misma.

En segunda medida, su participación en el diseño e implementación del nuevo esquema de aseo, se encuentra probada con lo manifestado por el investigado en el interrogatorio practicado el 5 de diciembre de 2013²⁴³, donde indicó:

"Pregunta: *¿Pertenece usted o ha pertenecido a la Junta Directiva de la Empresa De Acueducto y Alcantarillado de Bogotá?*

Respuesta: *Sí señor".*

"Pregunta: *¿En qué tiempo o desde qué fecha?*

Respuesta: *Yo pienso que está vinculado a mi nombramiento como Secretario de Planeación, no sé si empecé desde el principio, (...) pertenezco a la Junta Directiva como Secretario de Planeación".*

"Pregunta: *¿Desde qué fecha más o menos?*

Respuesta: *Desde Julio del 2012 supongo, tengo la idea que de pronto un poquitico después pero no estoy seguro.*

"Pregunta: *¿Nos dice que en la calidad que asistía a las reuniones era como Secretario?*

Respuesta: *Miembro de la Junta pero como Secretario de Planeación.*

"Pregunta: *Nos podría indicar ¿Cuáles eran las funciones que desempeñaba como miembro de la Junta Directiva en la Empresa de Acueducto?*

Respuesta: *Como cualquier miembro de junta directiva, participo en las deliberaciones, en las discusiones propias de la junta, en las decisiones para toma de análisis que la Junta estime conveniente (...).*

"Pregunta: *¿Usted recuerda si en esas juntas directivas trataron temas relacionados con la implementación del nuevo esquema de aseo que está rigiendo hoy en Bogotá?*

Respuesta: *Sí claro".*

"Pregunta: *Nos puede indicar ¿Qué temas?*

Respuesta: *(...) se discutieron varias cosas, en primer lugar se discutió que las condiciones en las cuales se habla que integrar a los recicladores de la ciudad al sistema, (...), se discutió también por otra parte el proceso por medio del cual se podría llegar a cumplir con el traslado del sistema RBL al sistema de AR, de recolección barrido y limpieza a aprovechamiento de residuos, (...), se discutió también ya no solamente el hecho de como vincular a los recicladores al sistema, sino como lograr que se convirtieran en empresarios, un tema fundamental, se discutieron algunas cosas anexas como cuál debería ser el proceso relativo a los residuos de construcción y demolición en*

²⁴³ Folios 6964 a 6965 del Cuaderno Público No. 33 del Expediente.

W

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

"Pregunta: Nos podría indicar ¿Qué temas trataron específicamente?"

Respuesta: Pues se trataron así gruesos, tres temas, uno fue la precisión del objeto de la empresa para la prestación del servicio de aseo; otro, se discutió (...) la eventualidad de la vinculación de la empresa de acueducto o de AGUAS DE BOGOTÁ que es una filial de la EMPRESA DE ACUEDUCTO a la prestación del aseo en Bogotá, (...) la discusión del presupuesto para el año 2012, eh también la revisión de recursos dentro del presupuesto de la empresa para el servicio de aseo y también la asignación de recursos para la adquisición de la flota."

De otra parte, en Acta de Junta Directiva No. 2481 del 19 de septiembre de 2012 se evidencia la participación de MARÍA MERCEDES MALDONADO en la implementación del esquema de recolección de basuras, en los siguientes términos: *"Así mismo la doctora María Mercedes Maldonado considera relevante estudiar el modelo y las alternativas para tomar el control de la prestación del servicio de aseo mediante un operador público, los recursos disponibles, el cumplimiento de los requisitos y los estudios de factibilidad previos"*²⁴⁷ (Subraya y negrilla fuera de texto)

Adicionalmente, este Despacho encontró, según respuesta de LIME a requerimiento de información realizados por esta Superintendencia, que MARÍA MERCEDES MALDONADO COPELLO participó en reuniones con funcionarios de la Administración Distrital, donde se presentaba una alternativa de subcontratación entre LIME y la EAB, y la UAESP y LIME. Estas respuestas a requerimiento de información señalaban lo siguiente:

"El pasado 14 de diciembre de 2012, El Representante Legal de LIME S.A. E.S.P. Ing. Oscar Sebastián Alesso, fue convocado y asistió a una reunión con funcionarios de la Administración Distrital, entre quienes se encontraban la doctora María Mercedes Maldonado, Secretaria de Hábitat, María Susana Mohammad, Secretaria de Ambiente, y el doctor Ricardo Bonilla, Secretario de Hacienda Distrital.

En el curso de la misma, los referidos funcionarios presentaron una alternativa de subcontratación entre LIME S.A. E.S.P. y la EAAB, para la prestación del servicio de aseo, fundada en el Decreto Distrital No. 564 de 2012

(...)

*El día 16 de Diciembre de 2012 en nueva reunión convocada por los aludidos funcionarios, éstos plantearon la alternativa de contratación entre la UAESP y LIME S.A. E.S.P., bajo el amparo de declaratoria de urgencia manifiesta (...)"*²⁴⁸. (Subrayas y negrilla fuera de texto original).

En línea con lo anterior, CIUDAD LIMPIA manifestó que en el marco de la celebración del contrato de operación con la UAESP el 18 de diciembre de 2012²⁴⁹, se realizaron negociaciones con el Distrito, de las cuales participaron los siguientes funcionarios:

²⁴⁷ Acta de Junta Directiva no. 2481 del 19 de septiembre de 2012. Folio 3011 del Cuaderno Reservado No. 3 del Expediente.

²⁴⁸ Folio 2816 del Cuaderno Público No. 14 del Expediente.

²⁴⁹ Folio 2851 del Cuaderno Público No. 14 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

"Por parte del Distrito: la doctora Susana Mohamad, Secretaria de Ambiente del Distrito, la Doctora María Mercedes Maldonado, Secretaria Distrital de Hábitat, la Gerente General de la Uaesp, doctora Nelly Mogollón, el doctor Carlos Hernán Rojas, Subdirector Legal (e) de la Uaesp; el Doctor Jorge Pino Ricci, asesor externo, el doctor Ricardo Bonilla González Secretario de Hacienda y el doctor Diego Bravo, Gerente de la EAAB"²⁵⁰ (Negrilla fuera de texto original).

Del mismo modo, ASEO CAPITAL indicó haberse reunido con funcionarios del distrito, durante el proceso de negociación del contrato de operación del servicio de aseo No. 260 suscrito con la UAESP el 19 de diciembre de 2012²⁵¹:

"- Doctora María Mercedes Maldonado Copello, en su calidad de Secretaria de Hábitat de Bogotá.

(...)

- Doctora Nelly Mogollón Montañez en su calidad de Directora General de la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos –UAESP

(...)"²⁵².

Por último, es importante tener en cuenta lo señalado en el Informe Motivado, según lo cual no existe evidencia que indique que MARÍA MERCEDES MALDONADO COPELLO hubiese manifestado su desacuerdo con las decisiones adoptadas al interior de este órgano colegial.

Por lo anterior, se concluye que MARÍA MERCEDES MALDONADO COPELLO incurrió en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, en el entendido de que colaboró, facilitó y autorizó, la realización de una práctica restrictiva de la competencia que resultó en una violación del artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

12.2.10. JOSÉ ORLANDO RODRÍGUEZ GUERRERO, miembro principal de la Junta Directiva de la EAB desde el 31 de julio de 2012 hasta el 26 de junio de 2013

De conformidad con la evidencia recaudada, este Despacho puede concluir que JOSÉ ORLANDO RODRÍGUEZ GUERRERO tuvo injerencia directa en las deliberaciones y toma de decisiones respecto del diseño, la estructuración, implementación y ejecución efectiva del actual esquema de aseo que rige en Bogotá. Lo anterior, luego de revisar las actas de Junta Directiva de la EAB²⁵³, donde se evidencia su calidad de miembro

²⁵⁰ Folio 2854 del Cuaderno Público No. 14 del Expediente.

²⁵¹ Folio 2929 del Cuaderno Público No. 15 del Expediente.

²⁵² Folio 2929 del Cuaderno Público No. 15 del Expediente.

²⁵³ Actas No. 2479 del 29 de agosto de 2012, 2480 del 5 de septiembre de 2012, 2481 del 19 de septiembre de 2012, Acta No. 2482 del 2 de octubre de 2012 y 2483 del 12 de octubre de 2012. Folios 2982 a 2988, 2989 a 3006, 3007 a 3012 y 3013 a 3025 del Cuaderno Reservado No. 3 del Expediente y folios 1603 a 1613 del Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

principal de la mencionada junta²⁵⁴ desde el 31 de julio de 2012 hasta el 26 de junio de 2013²⁵⁵; y el interrogatorio del investigado.

Tal y como se indicó en el Informe Motivado, JOSÉ ORLANDO RODRÍGUEZ GUERRERO, al ser miembro principal de la Junta Directiva de la EAB, ostentaba la calidad de administrador de la misma de conformidad con el artículo 22 de la Ley 222 de 1995.

Ahora bien, su participación en el diseño e implementación del nuevo esquema de aseo se encuentra probada con lo señalado por el investigado en el interrogatorio practicado el 16 de octubre de 2013²⁵⁶, donde expresó:

"Pregunta: ¿Recuerda si en estas Juntas Directivas trataron temas relacionados con la implementación del nuevo esquema de aseo en Bogotá?"

Respuesta: Sí claro que sí.

Pregunta: Nos podría indicar ¿Qué temas trataron?"

Respuesta: Bueno en primer lugar la viabilidad que tenía que buscarse de implementar el plan de desarrollo Bogotá Basura Cero, a través de una empresa pública que cumpliera con los estándares financieros, técnicos y jurídicos para tal fin. Luego el proceso de cambio reforma tributaria para el mismo proceso y luego la calidad que fuera a surtir en el en el eventual caso de que fuera escogida la Empresa de Acueducto como operadora de ese servicio.

Pregunta: ¿Cuándo participaba usted en las Asambleas o en las reuniones de Junta Directiva de la EAAB? Usted conoce ¿Cuáles fueron las políticas diseñadas y seguidas por la EAAB respecto del servicio de aseo en Bogotá?"

Respuesta: Como usted bien sabe y porque así lo establece el código de comercio, el papel de los miembros de las juntas directivas es conocer y aprobar o darle el visto bueno a las políticas que la administración diseñe ¿no? La administración ante la eventualidad de la prestación del servicio pues presentó eh la factibilidad jurídica, la factibilidad técnica, la factibilidad financiera de la posibilidad de que se hiciera cargo de esta recolección, ante la eventualidad de que eh se había declarado, se había anulado la licitación 01 de 2011 por parte de la Corte Constitucional, que en el plan de desarrollo de Bogotá Humana se había incluido en el artículo 38 el Plan de Bogotá Basura Cero y eso implicaba un manejo del servicio de aseo de Bogotá. Entonces esos procesos así vertidos de una empresa como la empresa de acueducto tenía que pasar por la Junta Directiva y esta junta hacer las recomendaciones que estimara convenientes.

Pregunta: Las recomendaciones que hacía la Junta Directiva, ¿Eran aprobadas por todos sus miembros?"

Respuesta: Sí.

²⁵⁴ En su calidad de Secretario General (E) de la Alcaldía Mayor de Bogotá.

²⁵⁵ Información obtenida durante la diligencia de interrogatorio practicada el 16 de octubre de 2013, obrante a folios 6056 a 6057 del Cuaderno Público No. 29 del Expediente.

²⁵⁶ Folios 6056 a 6057 del Cuaderno Público No. 29 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

Pregunta: Recuerda usted ¿Qué otros temas se discutieron respecto de la posible prestación del servicio por parte del Acueducto?

Respuesta: Sí, se discutió el tema financiero, eh la hubo un traslado presupuestal para adquirir la flota que podría entrar nueva a la ciudad, no obstante la reversión que se esperaba de los equipos de los concesionarios que violaron la ley y no los devolvieron. Se esperaba que esos equipos nos los iban a devolver viejos pero los iban a devolver. Entonces bueno los vamos a ir reponiendo si autoriza, ese esquema financiero, o esa presentación financiera se tocó en junta por supuesto eh, qué otras cosas.

Pregunta: Usted nos mencionaba que la Junta Directiva efectuó algunas recomendaciones respecto de la prestación del servicio público de aseo por parte del Acueducto, recuerda usted ¿Cuáles fueron esas recomendaciones?

Respuesta: La Junta Directiva recomendó, no la junta directiva exploró desde siempre la prestación a través de la empresa de acueducto, repito porque su misión es el agua potable y saneamiento básico, porque por varias razones, porque en esa ocasión segundo, porque la ley especial que quiero que quede aquí también claro que tiene Bogotá eh se lo ordena de garantizar y prestar si es necesario directamente el servicio o a través de una empresa de economía mixta eh el 1421 el Decreto Ley 1421 que es el Estatuto Orgánico de Bogotá que es ley especial y prima sobre la general le dice cómo prestar los servicios públicos y le dice que es a través de una Empresa Comercial e Industrial del Estado, quiero que quede claro eso que es importante, es relevante.

Le permite y entonces se aterrizó el tema de cómo hacerlo y no hay duda que hemos podido prestarlo todo el ciento por ciento del servicio pero se quiso en ese régimen de transición también compartir con muchos beneficios para los operadores privados que vienen y que ya no tienen que licitar ni comprar equipos sino usar los del distrito y todo esto eh hacerlo con ellos y hacerlo igualmente con los recicladores en cumplimiento del mandato de la Corte Constitucional, no se olvide que en ese momento eh la naturaleza jurídica de todo el sistema de aseo es la sentencia T-724 de 2003, el auto 68, el auto 275 y el auto 084, el Estatuto Orgánico de Bogotá que le da esa posibilidad y también el acuerdo del plan de desarrollo, esas son las normas que invierten de autoridad a la administración para proponer a través de la empresa de acueducto la prestación del servicio de aseo en una crisis o en un estado de digamos de urgencia manifiesta como la que se dio, o como la que vivimos, son estados excepcionales que ya tuvo Bogotá en el 84, en el 2003, en el 2010 y ahora, y que la Superintendencia seguramente en todas esas ocasiones los ha encontrado ajustados a derecho".

Adicionalmente, indicó:

Pregunta: ¿Todos los temas que usted acaba de mencionar se discutían al interior de la Junta Directiva?

Respuesta: Sí claro".

Pregunta: ¿Cuál fue la conclusión de la Junta Directiva respecto del esquema o del nuevo esquema de prestación del servicio de aseo que hemos denominado en transición?

Respuesta: Que para cumplir las órdenes de la corte constitucional y para garantizar la prestación efectiva y eficiente del servicio de aseo teníamos que, por un régimen de transición, hacerlo con la EMPRESA DE ACUEDUCTO DE BOGOTÁ".

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

"Pregunta: Como miembro de la Junta Directiva, ¿Cuál fue su posición al respecto?"

Respuesta: Positiva".

(...)

Pregunta: ¿el Gerente General (...) acogía las posiciones y (...) las recomendaciones de los miembros de la junta, para su toma de decisiones?

Respuesta: Sí claro, ese es el objetivo de llevar las discusiones a la junta, que la junta las acoja.

Pregunta: ¿Usted como eh miembro de la junta directiva de la Empresa de Acueducto aprobó que (...) se convirtiera en operador del servicio de aseo?

Respuesta: Sí.

(...)

Pregunta: ¿Al interior de la Junta Directiva se discutió respecto del diseño y la configuración de este esquema de prestación actual?

Respuesta: Al interior de la Junta Directiva, se discutió indudablemente, se llevaron estudios (...) allí se hicieron modelos de lo que se estaba presentando en Colombia, lo que era posible hacerse, indudablemente que de esos esquemas, de esas presentaciones de los técnicos, se llegó a la conclusión que finalmente se adoptó (...)

Finalmente, este Despacho concuerda con lo indicado por la Delegatura en cuanto a que en el expediente no existe evidencia que indique que JOSÉ ORLANDO RODRÍGUEZ GUERRERO hubiese manifestado su desacuerdo con las decisiones adoptadas al interior de este órgano colegial.

Por lo anterior, se puede concluir que JOSÉ ORLANDO RODRÍGUEZ GUERRERO incurrió en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, en el entendido de que colaboró, facilitó y autorizó la realización de una práctica restrictiva de la competencia que resultó en la violación del artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

13. PRONUNCIAMIENTO SOBRE LA SOLICITUD DE NULIDAD

En escrito independiente, los investigados presentaron una solicitud de declaratoria de nulidad de lo actuado por presunta falta de imparcialidad e independenciamiento de los funcionarios que instruyeron el proceso, por violación al derecho fundamental al debido proceso.

13.1. Sobre la solicitud de nulidad de todo lo actuado dentro del proceso por falta de imparcialidad e independenciamiento de los funcionarios que instruyeron el proceso

Para respaldar la presunta falta de objetividad del Superintendente de Industria y Comercio, enuncian como causales que habrían afectado la independenciamiento e imparcialidad, entre otras, las siguientes: (i) la relación del Superintendente con uno de los asesores de los operadores privados; (ii) la revelación del impedimento ad portas de

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

la audiencia prevista en el artículo 155 del Decreto – Ley 19 de 2012; (iii) los conceptos emitidos con ocasión de la visita administrativa realizada en las instalaciones de la EAB, el 21 de noviembre de 2012; y (iv) la adición al Expediente de los fallos de destitución e inhabilitación de la Procuraduría.

Para desvirtuar la presunta falta de objetividad del Superintendente de Industria y Comercio, se exponen los siguientes hechos:

La relación de amistad entre el Superintendente de Industria y Comercio y uno de los operadores fue la causa por la que el Superintendente se declaró impedido en la presente actuación administrativa y comunicó dicho impedimento al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. El Ministro de Comercio, Industria y Turismo aceptó el impedimento y designó al Superintendente de Sociedades como Superintendente de Industria y Comercio Ad – hoc para que decidiera de todos los asuntos relacionados con la investigación radicada con el No. 12-165930.

Que el impedimento lo hubiese comunicado el Superintendente en el mes de diciembre de 2013, previo a la realización de la audiencia señalada en el Decreto 019 de 2012, obedece a que sólo hasta ese momento tuvo conocimiento de los hechos que daban origen al mismo. Resulta obvio que si una persona no conoce el hecho que da origen a su impedimento, por sustracción de materia no puede declararse impedido.

De otra parte, téngase en cuenta que la función de instruir la investigación, incluida la realización de la audiencia prevista en el mencionado Decreto, le corresponde a la Delegatura para la Protección de la Competencia, y que dicha etapa comprende desde la interposición de la queja hasta la expedición del Informe Motivado. Así, el Superintendente de Industria y Comercio no interviene, ni tiene competencia para hacerlo, en ningún momento de la investigación, incluyendo la audiencia señalada. De esta forma, el trámite del impedimento, incluyendo la fecha en que se comunicó, no tiene incidencia alguna en las funciones desarrolladas por la Delegatura, y muchos menos en la audiencia del Decreto 019 de 2012.

En cuanto a los conceptos emitidos por el Superintendente en relación con la visita administrativa a la EAB el 21 de noviembre de 2012, debe tenerse en cuenta que los mismos simplemente versaron sobre los hechos ocurridos en la visita, así como las facultades que tiene la Superintendencia de Industria y Comercio para realizar investigaciones en materia de protección de la competencia. El Superintendente de Industria y Comercio, como director y vocero de esta Entidad, no sólo está facultado sino además está obligado a explicar las actuaciones que realiza la Institución que representa, sin que con ello se vulnere en ningún momento el principio de imparcialidad o debido proceso. Nótese además que el Superintendente de Industria y Comercio en ningún momento emitió un juicio de valor que constituyera prejuzgamiento respecto de este caso en particular; únicamente se concentró en describir hechos que ya eran además conocidos por el público en general, y a contextualizarlos conforme a las funciones de la Superintendencia de Industria y Comercio. En consecuencia mal puede pretender el accionante que esa ilustración haya interferido con el trámite que para ese momento, apenas bordeaba la averiguación preliminar.

En relación con la ampliación de pruebas para allegar al Expediente los fallos emitidos por la Procuraduría, lo anterior corresponde a la facultad que tiene la Delegatura para

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

instruir las investigaciones administrativas por violación del régimen de protección de la competencia. Entrar a cuestionar esta facultad va en contra del principio del impulso procesal que los funcionarios públicos están obligados a cumplir, como las personas a cargo de la instrucción de procesos administrativos.

Finalmente, cabe recordar que mediante Decreto No. 056 del 16 de enero de 2014 el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo aceptó las causales de impedimento invocadas por el Doctor Pablo Felipe Robledo Del Castillo, y en consecuencia nombró como Superintendente Ad hoc al Doctor Luis Guillermo Vélez Cabrera, razón por la cual continuar esgrimiendo argumentos para enjuiciar la independencia de los funcionarios que instruyeron la información, resulta desacertado y contrario a la realidad.

13.2. Sobre la solicitud de dejar sin valor y efecto el Informe Motivado elaborado por la Delegatura de Protección de la Competencia por estar fundamentado en prueba ilícita

Los investigados condenan el uso de los correos obtenidos en el marco de la visita administrativa realizada a las instalaciones de la EAB como pruebas en la presente actuación. Los investigados señalan que la Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras del Tribunal Superior de Bogotá, mediante Sentencia de Tutela del 15 de abril de 2013, había ordenado a la SIC *"no apreciar para ningún efecto administrativo o judicial"* el contenido de estos correos electrónicos. Por ende, las accionantes alegan que el Informe Motivado se fundamentó en una prueba ilícita y, por ende, solicitan su nulidad.

Por otra parte, mencionan que la Delegatura en vez de corregir su error y excluir del acervo probatorio los correos electrónicos objeto de debate, resolvió la revocatoria directa elevada contra el acto de pruebas, mencionando que se trataba de un acto de trámite que no admitía recursos.

Frente a esta solicitud, el Despacho se pronuncia en los siguientes términos:

Este Despacho advierte que las intervinientes consideran que la orden del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá aplica a todos los correos recolectados en la visita administrativa a las instalaciones de la EAB.

Ahora bien, este Despacho debe recordar que el propio Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá se pronunció expresamente sobre el alcance de la orden de excluir los correos recolectados en el marco de la visita administrativa en un acto posterior a la expedición de la sentencia. En efecto, esta Superintendencia le solicitó al Tribunal aclarar si la orden de exclusión contenida en el numeral segundo de la parte resolutive, respecto de los correos electrónicos que fueron extraídos de los equipos de cómputo de algunos de los funcionarios de la empresa accionante, comprende igualmente los correos electrónicos que se encuentran en el Expediente aportados directamente por

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

los titulares de los e-mails (buzones electrónicos) y los recaudados con autorización o consentimiento de dichos titulares.²⁵⁷

Si bien el Tribunal determinó la improcedencia de la solicitud invocada, expresamente manifestó que en la Sentencia del 15 de abril de 2013 no se tocó el punto de correos aportados con el consentimiento de la propia accionante (EAB). El Tribunal manifestó lo siguiente en relación con el alcance de la orden impartida a esta Superintendencia:

"Adicionalmente, debe agregarse a lo dicho que, el punto central de la aclaración invocada toca un punto que no fue objeto de debate en el curso mismo de la tutela, cual fue el aporte de correos por la propia accionante, o cuya apertura hubiera estado precedida de autorización o consentimiento, aspectos del debate que recién ahora son introducidos a la actuación, por lo que tampoco cabe aclaración alguna".
(Subrayas y negrillas fuera del texto original)

Así, el propio Tribunal expresamente advierte que el "aporte de correos por la propia accionante [EAB], o cuya apertura hubiera estado precedida de autorización o consentimiento" no fue objeto de debate en la Sentencia de Tutela del 15 de abril de 2013. Por lo tanto, es claro que la orden de excluir los correos no puede aplicar a aquellos que fueron aportados por la EAB o cuya recolección estuvo precedida de una autorización o consentimiento.

Adicionalmente, es preciso recordar que la orden de exclusión de los correos recolectados en el marco de la visita administrativa se fundamentó en la tutela de los derechos fundamentales a la inviolabilidad de la correspondencia y el debido proceso de la EAB, tal como consta en la misma Sentencia de Tutela del 15 de abril de 2013 expedida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.²⁵⁸ Por ende, es claro que la orden se extiende a aquellos eventos en donde la recolección de correos vulneró el derecho fundamental a la inviolabilidad de la correspondencia y el debido proceso, como por ejemplo cuando no se contaba con la autorización de la EAB. Por el contrario, la orden en cuestión no se extiende a aquellos eventos en los que la propia EAB autorizó, consintió o entregó voluntariamente correos electrónicos. La razón es simple: no se puede hablar de violación del derecho a la inviolabilidad de la correspondencia y debido proceso cuando la propia titular de estos derechos, es decir la EAB, voluntariamente autoriza y le da acceso a la Superintendencia para recolectar correos electrónicos.

Por las anteriores consideraciones, la orden prevista en la Sentencia de Tutela del 15 de abril de 2013 no se extiende a aquellos correos electrónicos recaudados con la autorización de sus titulares durante la visita administrativa a las instalaciones de la EAB del 21 de noviembre de 2012, tal como señala la Delegatura en el Informe Motivado. En efecto, los correos electrónicos susceptibles de exclusión son, únicamente, los incorporados al Expediente sin que procediera autorización, o

²⁵⁷ Véase el la Providencia del 10 de mayo de 2013 expedida por el Sala Civil Especializada de Restitución de Tierras del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá dentro del asunto de la Acción de Tutela No. 110013103023201300156-01, p. 1.

²⁵⁸ Sentencia de Tutela del 15 de abril de 2013 expedida por la Sala Civil Especializada de Restitución de Tierras del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, pp. 23-24.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

consentimiento del inspeccionado o funcionario del ente inspeccionado, así como aquellos que no hubiesen sido aportados directamente por ellos.

En el caso concreto, los correos electrónicos recolectados en la visita administrativa de inspección practicada el 21 de noviembre de 2012 fueron obtenidos con la aprobación de las personas titulares de las cuentas de correo, e incluso dichas personas hicieron parte de las diligencias de depuración y selección de la información recaudada en la visita de inspección, tal como consta en el Expediente.²⁵⁹

Por las anteriores consideraciones, este Despacho considera que los investigados se equivocan cuando señalan que los correos incluidos en el Informe Motivado son una prueba ilícita y, por ende, no es procedente declarar la nulidad del Informe Motivado.

Adicionalmente, para este Despacho es claro que la nulidad que alegan los investigados, incluso en caso de ser reconocida, acarrearía únicamente la nulidad de los correos electrónicos recolectados durante la visita administrativa a las instalaciones de la EAB que supuestamente fueron obtenidos de manera ilícita, pero no acarrearía la nulidad del Informe Motivado, y mucho menos de la presente actuación administrativa.

En efecto, la Corte Constitucional, en sentencia C-372 de 1997 manifestó:

"La nulidad prevista en el último inciso del artículo 29 de la Constitución, es la de una prueba (la obtenida con violación del debido proceso), y no la del proceso en sí."
(Subrayas fuera del texto original)

De esta forma, incluso si se reconoce que alguna prueba es nula dentro del proceso que tramita la SIC, la violación de los derechos fundamentales de los investigados sólo acarrearía la nulidad de la prueba recolectada de manera ilícita.

No es cierto entonces que el Informe Motivado es nulo, ni mucho menos que toda la actuación deba serlo, en la medida en que la exclusión de estas pruebas en nada afecta las conclusiones a las que esta Entidad arribó en el Informe Motivado sobre infracción del artículo 1 de la Ley 155 de 1959, así como de la responsabilidad en la que incurren los investigados como consecuencia de dicha violación. En efecto, la determinación de la violación del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 fue tomada con base en un vasto acervo probatorio y sin tener en cuenta los correos electrónicos recopilados durante la visita administrativa a las instalaciones de la EAB. Es más, en el Informe Motivado solamente se utilizó un correo como una de las tantas pruebas que se utilizaron para establecer la responsabilidad de ALBERTO JOSÉ MERLANO ALCOCER, en su calidad de persona natural.

Por esta razón, asumiendo que la prueba fuese nula, a lo mucho derivaría en su exclusión del trámite administrativo, **sin que esto afecte en absoluto las determinaciones legales a las que llegó la Delegatura en el Informe Motivado, ni muchos menos el resto de actuaciones administrativas que ha realizado esta Superintendencia, en las cuales se ha respetado plenamente el debido proceso.**

²⁵⁹ Folios 2215 a 2234 del Cuaderno Público No. 11 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

En cualquier caso, como se verá más adelante, a pesar de que la recolección de los correos electrónicos durante la visita administrativa a las instalaciones de la EAB no conlleva a ningún tipo de nulidad, **este Despacho procederá a no tenerlas en cuenta en el trámite administrativo, con miras a no dejar dudas sobre la actuación de la SIC, el respeto al debido proceso, y evitar más dilaciones y alegaciones sobre supuestas nulidades en este trámite. Así, los correos recopilados durante la visita administrativa a las instalaciones de la EAB el 21 de noviembre de 2012 no serán tenidos en cuenta en la presente Resolución, teniendo en cuenta que ni siquiera afectan el resultado del caso.**

13.3. Sobre la solicitud de dejar sin valor y efecto el Informe Motivado elaborado por la Delegatura de Protección de la Competencia por violación del derecho a la no autoincriminación

Mediante comunicación No. 12-165930-455 del 14 de febrero de 2014, los investigados ampliaron la solicitud de nulidad inicial, invocando como nueva causal de nulidad, la violación al principio de la no autoincriminación. En particular, los investigados manifiestan que la responsabilidad de los investigados imputada en el Informe Motivado, fue fundamentada en respuestas a preguntas capciosas que buscaban comprometer a los funcionarios llamados en interrogatorio.

Mencionan los investigados que el derecho a la no autoincriminación impide que en la instrucción del proceso se realicen preguntas capciosas, esto es aquellas que buscan comprometer o causarle perjuicio al interrogado.

Por otra parte, formulan como argumento que la imputación de responsabilidad de los investigados que aparece en el Informe Motivado, aparece fundamentada, la mayoría de las veces, en respuestas a las preguntas formuladas por el Despacho.

Este argumento con el que pretenden respaldar la presunta nulidad constitucional carece de sustento real, verificadas las siguientes circunstancias:

Los interrogatorios de parte practicados en la presente actuación administrativa se realizan en presencia de los abogados que las partes han designado como sus apoderados. La presencia de los abogados en dichas audiencias está encaminada a garantizar el derecho de defensa y las garantías procesales de las partes. En este sentido, los apoderados pueden objetar preguntas por, entre otras razones, considerar que son capciosas e incriminan a su representado. Entonces, este Despacho pregunta, si en realidad consideraron capciosas las preguntas realizadas ¿por qué lo apoderados de los investigados no las objetaron en el marco de la práctica de los interrogatorios de parte?; ¿por qué solamente hasta las observaciones del Informe Motivado alegan una presunta nulidad con base en la formulación de preguntas capciosas?

Ahora bien, es obvio que toda pregunta que se le hace a un interrogado busca determinar si existió responsabilidad de un investigado, así como cuál fue el grado de participación de los agentes que rodearon la realización de la conducta. Tan es cierto esto que el propósito del interrogatorio es obtener información respecto de la participación específica del interrogado en la conducta; y el hacer preguntas que no estén relacionadas con esto harían que la diligencia versara sobre cuestionamientos impertinentes, inconducentes e inútiles. Por consiguiente, desconocer la aceptación de

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

una parte en una diligencia de interrogatorio de ciertos hechos que configuran su responsabilidad en la violación de las normas de libre competencia desnaturalizaría el objeto mismo de las pruebas de interrogatorio en sede administrativa, lo cual para este Despacho no tiene ningún fundamento.

Nótese que en múltiples investigaciones se ha pretendido restar valor probatorio a las declaraciones rendidas por los representantes legales de las empresas investigadas, invocando como causal de reparo la no autoincriminación.

El principio de la no autoincriminación ha sido desarrollado por la doctrina de la Corte Constitucional, quien precisó que: "*Para la Corte es claro, como se dijo al principio, que el artículo 33 de la Constitución sólo debe ser aplicado en los asuntos criminales, correccionales y de policía.*"^[1] (Subrayas y negrillas fuera de texto original)

Dicha posición fue reiterada en otra oportunidad por la misma Corporación, cuando en Sentencia C-622 de 1998 manifestó:

"Esa decisión de la Corte, encontró fundamento en aspectos tales como la tradición constitucional de nuestro país, cuyo análisis le permitió verificar que desde la Constitución de 1821 y hasta la de 1886, dicho principio siempre estuvo ligado al ejercicio del poder punitivo por parte del Estado y por lo tanto su aplicación está circunscrita a los asuntos criminales, correccionales o de policía. Así mismo, tal como lo ha señalado la doctrina, esa garantía se encuentra consagrada en la legislación criminal de todos los pueblos civilizados, pues en ella subyacen "...los más elementales principios de moral y humanidad"^[2], que impiden que el Estado utilice su poder punitivo para obligar a una persona a declarar contra sí misma o contra sus familiares más cercanos, en asuntos propios del ámbito penal, en los cuales la carga de la prueba le corresponde a aquél."

En consecuencia, dicho principio no puede pretender extenderse a cualquier otra clase de investigaciones que adelanten las autoridades civiles o administrativas porque entonces resultaría nugatoria la facultad de interrogar a la(s) persona(s) que por su intervención directa en los hechos que se investigan, conocen las circunstancias de tiempo, modo y lugar, en que las conductas tuvieron ocurrencia.

14. PRONUNCIAMIENTO SOBRE LAS MEDIDAS CAUTELARES SOLICITADAS

Teniendo en cuenta lo establecido en el numeral 11 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 18 de la Ley 1340 de 2009, esta Entidad se encuentra facultada para ordenar la suspensión inmediata de conductas que puedan llegar a ser contrarias a la libre competencia, y que de no adoptarse como medidas cautelares se pone en riesgo una eventual decisión sancionatoria.

De acuerdo con lo anterior, durante el trámite administrativo ATESA, ASEO CAPITAL y CIUDAD LIMPIA, solicitaron decretar unas medidas cautelares que ordenaran: (i) la suspensión inmediata del Convenio Interadministrativo suscrito entre la UAESP y la

^[1] Sentencia de la Corte Constitucional C-426 de 1997.

^[2] Samper, José María, "Derecho Público Interno de Colombia", Editorial Temis, Bogotá, 1982. Citado en la Sentencia en mención.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

EAB; (ii) la suspensión de todas las actividades tendientes a impedir que los actuales operadores del servicio de aseo en Bogotá asumieran la prestación del mismo en el esquema de libre competencia; (iii) la cesación por parte de la EAB de todas las actividades tendientes a prestar el servicio de aseo en Bogotá; y (iv) la abstención del Alcalde Mayor de Bogotá de impartir instrucciones, y/o autorizar actos, documentos y/o contratos encaminados a cercenar la libre competencia en Bogotá para la prestación del servicio de aseo²⁶⁰.

Adicionalmente, LIME solicitó que se decretaran unas medidas cautelares mediante las cuales, además de la suspensión o inaplicación del Convenio Interadministrativo No.17 de 2012 suscrito entre la UAESP y la EAB, se ordenara la cesación o suspensión inmediata de ciertas conductas presuntamente constitutivas de competencia desleal²⁶¹.

Al respecto, es pertinente manifestar que para que proceda el decreto de una medida cautelar en una investigación por la presunta comisión de prácticas restrictivas de la competencia, se deben cumplir los siguientes supuestos: (i) que exista un conducta que pueda resultar contraria a las disposiciones señaladas en las normas sobre protección de la competencia; y (ii) que, a su vez, exista un riesgo sobre la efectividad de una eventual decisión sancionatoria en caso de no adoptarse la medida cautelar²⁶².

Así, en el caso concreto este Despacho considera que en el momento en que se solicitaron la medidas cautelares no existía claridad con respecto a la violación del régimen de competencia, por lo cual se requería de un análisis más profundo y detallado, es decir no existía apariencia de buen derecho. Ahora, es evidente que al estar resolviendo de fondo los hechos que dieron origen a la investigación, resulta evidente que por sustracción de materia no es necesario que el Despacho se pronuncie respecto al decreto o no de las medidas cautelares.

15. DOSIFICACIÓN DE LA SANCIÓN

15.1. PERSONAS JURÍDICAS

De acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, el Superintendente de Industria y Comercio podrá imponer sanciones pecuniarias hasta por la suma de 100.000 salarios mínimos mensuales vigentes o, si resulta ser mayor, hasta por el 150% de la utilidad derivada de la conducta por parte del infractor, por violación de cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia.

Sobre las sanciones que se imponen por la violación a las normas de competencia, es preciso resaltar que de conformidad con el principio de proporcionalidad que orienta el derecho administrativo sancionador, la autoridad administrativa debe ejercer su potestad sancionadora en forma razonable y proporcionada, de modo que logre el

²⁶⁰ Folio 228 del Cuaderno 2, 571 del Cuaderno 3 y Folio 1077 del Cuaderno 6.

²⁶¹ Folio 1019 del Cuaderno 5.

²⁶² Cuaderno No. 9, folios 1199 y 1200.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

equilibrio entre la sanción y la finalidad de la norma que establezca, así como la proporcionalidad entre el hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada.

Sobre la aplicación del principio de proporcionalidad en sanciones administrativas, la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

"En cuanto al principio de proporcionalidad en materia sancionatoria administrativa, éste exige que tanto la falta descrita como la sanción correspondiente a la misma resulten adecuadas a los fines de la norma, esto es, a la realización de los principios que gobiernan la función pública. Respecto de la sanción administrativa, la proporcionalidad implica también que ella no resulte excesiva en rigidez frente a la gravedad de la conducta, ni tampoco carente de importancia frente a esa misma gravedad"²⁶³.

Es así como, para la adecuación razonable y proporcional de los hechos y la sanción aplicable, el operador jurídico debe en primer lugar analizar la gravedad de la falta, así como los efectos que la misma pudo haber generado en el mercado y el beneficio que pudo obtener el infractor, para luego analizar otras circunstancias concurrentes de graduación de la sanción, tales como la capacidad económica del investigado, la reiteración de la infracción, colaboración del investigado para esclarecer los hechos investigados, actuación procesal, etc.

En cualquier caso, es importante mencionar que en los procesos de dosificación de sanción que realiza este Despacho, la multa a imponer a las sociedades y personas naturales que se sancionan responde a las condiciones, características y responsabilidades que se derivan de la realización de la conducta que se reprocha y, en ningún caso, busca excluir al investigado del mercado ni imponer multas exageradas con relación al grado de responsabilidad en la afectación de la competencia.

El artículo 25 de la Ley 1340 de 2009 establece los criterios que se deben tener en cuenta para la graduación de la multa, a saber: (i) el impacto que la conducta tenga sobre el mercado; (ii) la dimensión del mercado afectado; (iii) el beneficio obtenido por el infractor de la conducta; (iv) el grado de participación del implicado; (v) la conducta procesal de los investigados; (vi) la cuota de mercado de la empresa infractora, así como la parte de sus activos y/o de sus ventas involucrados en la infracción, y (vii) el patrimonio del infractor.

Estos criterios serán tenidos en cuenta por parte de esta Entidad para la graduación de la multa en el caso concreto.

En el presente caso, fue demostrado que la EAB, la UAESP y AGUAS DE BOGOTÁ, transgredieron con su comportamiento lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, con el diseño, implementación y ejecución del nuevo esquema de recolección de basuras que actualmente rige en Bogotá. Así, para la dosificación de la sanción a imponer a las investigadas se tendrá en cuenta lo siguiente:

²⁶³ Corte Constitucional. Sentencia C-125 de 2003.

RESOLUCIÓN NÚMERO 25036 DE 2014 Hoja No. 155

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

- Como consecuencia de la implementación del nuevo esquema de prestación del servicio de aseo en Bogotá, se eliminaron del mercado de la prestación del servicio de aseo a tres de los cuatro competidores que anteriormente participaban en él.
- En la actualidad, de los antiguos prestadores del servicio de aseo en Bogotá, únicamente CIUDAD LIMPIA participa en el mercado como prestador del servicio de aseo; por su parte LIME y ASEO CAPITAL son operadores del servicio de aseo; y ATESA no se encuentra desarrollando su objeto social en Bogotá.
- La infracción de la norma se realizó en Bogotá, que es la ciudad más grande y con el mayor número de habitantes en Colombia.
- El servicio de aseo es un servicio público esencial cuya prestación debe garantizarse por el Estado con pleno cumplimiento de las funciones legales.
- El Distrito pasó de no participar en el mercado de la prestación del servicio de aseo en Bogotá, a prestarle el servicio a alrededor de las tres cuartas partes del mercado.

Adicionalmente, este Despacho tendrá en cuenta que el 14 de septiembre de 2012, esta Entidad sancionó a la EAB, por contravenir lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el numeral 4 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992.

Esta circunstancia imponía a la EAB una carga de diligencia y cuidado mayor a la que de ordinario debe tener cualquier agente en el cumplimiento de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas. Adicionalmente, y de conformidad con lo señalado en el parágrafo del artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, la persistencia en conductas infractoras constituye una circunstancia de agravación en la graduación de la sanción

Así mismo, se tendrá como circunstancia de atenuación de la sanción el comportamiento de la UAESP durante la visita administrativa realizada el 21 de noviembre de 2012. Esta visita se realizó en completa calma y la Unidad Administrativa siempre se mostró atenta a cumplir con las instrucciones impartidas por los funcionarios de la SIC que llevaron a cabo la visita. Por el contrario, la EAB en visita administrativa del 21 de noviembre de 2012, presentó resistencia a los requerimientos hechos por los funcionarios de la SIC que llevaron a cabo la visita administrativa en las instalaciones de la empresa, tal y como consta en las actas de visita.

Por otra parte, la Superintendencia de Industria y Comercio tendrá en cuenta al momento de imponer las sanciones, el patrimonio, los ingresos operacionales, presupuesto y demás factores que rodean la condición económica y financiera, tanto de las empresas como de las personas naturales, así como la gravedad de las conductas que cometieron.

Con base en las anteriores consideraciones, este Despacho encuentra procedente imponer a:

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

La **EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ E.S.P.** la multa de **SESENTA Y UN MIL SEISCIENTOS MILLONES (\$61.600.000.000)**, equivalente a cien mil salarios mínimos mensuales legales vigentes (100.000 SMMLV), y que corresponde al 100% de la multa máxima aplicable, de acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009.

La **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS** la multa de **DIECISIETE MIL OCHOCIENTOS SESENTA Y CUATRO MILLONES (\$17.864.000.000)**, equivalente a veintinueve mil salarios mínimos mensuales legales vigentes (29.000 SMMLV), y que corresponde al 27,32% de la multa máxima aplicable, de acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009.

AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. la multa de **DOS MIL DOSCIENTOS DIECISIETE MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS (\$2.217.500.000)**, equivalente a tres mil seiscientos salarios mínimos mensuales legales vigentes (3.600 SMMLV), y que corresponde al 3,6% de la multa máxima aplicable, de acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009.

15.2. PERSONAS NATURALES

El artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, establece la facultad del Superintendente de Industria y Comercio, para imponer a los administradores, directores, representantes legales, revisores fiscales y demás personas naturales que colaboren, faciliten, autoricen, ejecuten o toleren conductas violatorias de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, multas de hasta dos mil (2.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes en el momento de la imposición de la sanción.

De acuerdo con el citado artículo, dentro de los criterios que se deben tener en cuenta para la graduación de la multa se encuentran: (i) la persistencia en la conducta infractora; (ii) el impacto que la conducta tenga sobre el mercado; (iii) la reiteración de la conducta prohibida; (iv) la conducta procesal del investigado; y (v) el grado de participación de la persona implicada.

En el caso concreto se ha establecido que las personas naturales investigadas colaboraron, facilitaron, autorizaron, ejecutaron y toleraron la realización de una práctica restrictiva de la competencia de naturaleza obstructiva del mercado y tendiente a limitar la libre competencia. De esta manera, para la dosificación de la sanción se tendrá en cuenta, para cada uno de los investigados, el valor del patrimonio, la injerencia en el diseño y ejecución del nuevo esquema de basuras en Bogotá, el comportamiento durante las visitas administrativas y en las diferentes actuaciones de la Superintendencia durante la presente investigación.

En cuanto a **GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO**, en su calidad de miembro de la Junta Directiva de la **EAB** y **DIEGO FERNANDO BRAVO BORDA**, en su calidad de Gerente General de la **EAB** para la época de los hechos, este Despacho determina imponer a cada uno una multa de **CUATROCIENTOS DIEZ MILLONES DOSCIENTOS**

W

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

CINCUENTA Y SEIS MIL PESOS (\$410.256.000), equivalente a seiscientos sesenta y seis salarios mínimos mensuales legales vigentes (666 SMMLV), y que corresponde al 33% de la multa máxima aplicable a personas naturales.

Respecto al investigado **ALBERTO JOSÉ MERLANO ALCOCER**, Gerente General de la **EAB**, para la época de los hechos, este Despacho determina imponer una multa de **DOSCIENTOS CUARENTA MILLONES DOSCIENTOS CUARENTA MIL PESOS (\$240.240.000)**, equivalente a trescientos noventa salarios mínimos mensuales legales vigentes (390 SMMLV), y que corresponde al 19% de la multa máxima aplicable a personas naturales. A **HENRY ROMERO TRUJILLO**, Director (E) de la **UAESP** para la época de los hechos, este Despacho determina imponer una multa de **CUARENTA MILLONES CUARENTA MIL PESOS (\$40.040.000)**, equivalente a sesenta y cinco salarios mínimos mensuales legales vigentes (65 SMMLV), y que corresponde al 3.25% de la multa máxima aplicable a personas naturales. A **NELLY MOGOLLON MONTAÑEZ**, en su calidad de Directora de la **UAESP**, este Despacho determina imponer una multa de **CIENTO SESENTA MILLONES CIENTO SESENTA MIL PESOS (\$160.160.000)**, equivalente a doscientos sesenta salarios mínimos mensuales legales vigentes (260 SMMLV), y que corresponde al 13% de la multa máxima aplicable a personas naturales.

Para el caso de las personas naturales investigadas **MARÍA MERCEDES MALDONADO COPELLO**, **JOSÉ ORLANDO RODRÍGUEZ GUERRERO**, **GERARDO IGNACIO ARDILA CALDERON**, en su calidad de miembros de la Junta Directiva de la **EAB**; **MARIO ÁLVAREZ ULLOA**, en su calidad de Gerente de **AGUAS DE BOGOTÁ** para la época de los hechos; y **RICARDO AGUDELO SEDANO**, en su calidad de Gerente de **AGUAS DE BOGOTÁ**, este Despacho determina imponer a cada una la multa de **SESENTA Y CINCO MILLONES CUATROCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS (\$65.296.000)**, equivalente a ciento seis salarios mínimos mensuales legales vigentes (106 SMMLV), y que corresponde al 5% de la multa máxima aplicable a personas naturales.

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: DECLARAR que la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS, identificada con NIT. 900.126.860, la EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ E.S.P., identificada con NIT. 899.999.094, y AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P., identificada con NIT. 830.128.286, actuaron en contravención de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, al diseñar e implementar un esquema de recolección de basuras en la ciudad de Bogotá que desconoce lo establecido en el artículo 365 de la Constitución Política, la Ley 142 de 1994 y el régimen colombiano de protección de la competencia, en los términos establecidos en la parte considerativa de la presente Resolución.

En consecuencia, IMPONER una sanción pecuniaria a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS, por valor de DIECISIETE MIL OCHOCIENTOS SESENTA Y CUATRO MILLONES DE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$17.864.000.000), equivalentes a veintinueve mil salarios mínimos mensuales legales vigentes (29.000 SMMLV); a la EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ E.S.P., por valor de SESENTA Y UN MIL SEISCIENTOS

W

RESOLUCIÓN NÚMERO 25036 DE 2014 Hoja No. 158

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

MILLONES DE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$61.600.000.000), equivalentes a cien mil salarios mínimos mensuales legales vigentes (100.000 SMMLV); y a AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P., por valor de DOS MIL DOSCIENTOS DIECISIETE MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$2.217.500.000), equivalentes a tres mil seiscientos salarios mínimos mensuales legales vigentes (3.600 SMMLV), al configurarse la responsabilidad establecida en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009.

PARÁGRAFO: El valor de la sanción pecuniaria que por esta resolución se impone, deberá consignarse en efectivo o en cheque de gerencia en el Banco de Bogotá, Cuenta Corriente No. 062-754387, a nombre de la Superintendencia de Industria y Comercio – Formato de Recaudo Nacional, Código de referencia para pago No. 03. En el recibo deberá indicarse el número del expediente y el número de la presente resolución. El pago deberá acreditarse ante la pagaduría de esta Superintendencia, con el original de la consignación, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta resolución.

Vencido el término de pago aquí establecido se causarán intereses moratorios a la tasa del 12% anual, liquidados por días en forma proporcional, lo que le generará un saldo en su contra, por ello, resulta de suma importancia acercarse a la Dirección Administrativa y Financiera a efectos de que se efectúe dicha liquidación.

ARTÍCULO SEGUNDO: DECLARAR que NELLY MOGOLLÓN MONTAÑEZ, identificada con cédula de ciudadanía No. 27.789.218; HENRY ROMERO TRUJILLO, identificado con cédula de ciudadanía No. 19.406.476; ALBERTO JOSÉ MERLANO ALCOCER, identificado con cédula de ciudadanía No. 7.407.031; DIEGO FERNANDO BRAVO BORDA, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.145.084; RICARDO AGUDELO SEDANO, identificado con cédula de ciudadanía No. 13.479.401; MARIO ÁLVAREZ ULLOA, identificado con cédula de ciudadanía No. 19.342.752; GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO, identificado con cédula de ciudadanía No. 208.079; GERARDO IGNACIO ARDILA CALDERÓN, identificado con cédula de ciudadanía No. 19.323.907; MARÍA MERCEDES MALDONADO COPELLO, identificado con cédula de ciudadanía No. 19.167.047; y JOSÉ ORLANDO RODRÍGUEZ GUERRERO, identificado con la cédula de ciudadanía No. 19.167.047, colaboraron, facilitaron, autorizaron, ejecutaron y/o toleraron el diseño e implementación de un esquema de recolección de basuras en la ciudad de Bogotá que desconoce lo establecido en el artículo 365 de la Constitución Política, la Ley 142 de 1994 y el régimen colombiano de protección de la competencia, en los términos establecidos en la parte considerativa de la presente Resolución, incurriendo en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

En consecuencia, IMPONER una sanción pecuniaria a NELLY MOGOLLÓN MONTAÑEZ, por valor de CIENTO SESENTA MILLONES CIENTO SESENTA MIL PESOS (\$160.160.000), equivalente a doscientos sesenta salarios mínimos mensuales legales vigentes (260 SMMLV), a HENRY ROMERO TRUJILLO, por valor de CUARENTA MILLONES CUARENTA MIL PESOS (\$40.040.000), equivalente a sesenta y cinco salarios mínimos mensuales legales vigentes (65 SMMLV); a ALBERTO JOSÉ MERLANO ALCOCER, por valor de DOSCIENTOS CUARENTA MILLONES DOSCIENTOS CUARENTA MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$240.240.000), equivalentes a trescientos noventa salarios mínimos mensuales legales vigentes (390

W

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

SMMLV); a DIEGO FERNANDO BRAVO BORDA, por valor de CUATROCIENTOS DIEZ MILLONES DOSCIENTOS CINCUENTA Y SEIS MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$410.256.000), equivalentes a seiscientos sesenta y seis salarios mínimos mensuales legales vigentes (666 SMMLV); a RICARDO AGUDELO SEDANO, por valor de SESENTA Y CINCO MILLONES DOSCIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$65.296.000), equivalentes a ciento seis salarios mínimos mensuales legales vigentes (106 SMMLV); a MARIO ÁLVAREZ ULLOA, por valor de SESENTA Y CINCO MILLONES DOSCIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$65.296.000), equivalentes a ciento seis salarios mínimos mensuales legales vigentes (106 SMMLV); a GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO, por valor de CUATROCIENTOS DIEZ MILLONES DOSCIENTOS CINCUENTA Y SEIS MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$410.256.000), equivalentes a seiscientos sesenta y seis salarios mínimos mensuales legales vigentes (666 SMMLV); a GERARDO IGNACIO ARDILA CALDERÓN, por valor de SESENTA Y CINCO MILLONES DOSCIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$65.296.000), equivalentes a ciento seis salarios mínimos mensuales legales vigentes (106 SMMLV); a MARÍA MERCEDES MALDONADO COPELLO, por valor de SESENTA Y CINCO MILLONES DOSCIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$65.296.000), equivalentes a ciento seis salarios mínimos mensuales legales vigentes (106 SMMLV); y a JOSÉ ORLANDO RODRÍGUEZ GUERRERO, por valor de SESENTA Y CINCO MILLONES DOSCIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$65.296.000), equivalentes a ciento seis salarios mínimos mensuales legales vigentes (106 SMMLV), al configurarse la responsabilidad establecida en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

PARÁGRAFO: El valor de la sanción pecuniaria que por esta resolución se impone, deberá consignarse en efectivo o en cheque de gerencia en el Banco de Bogotá, Cuenta Corriente No. 062-754387, a nombre de la Superintendencia de Industria y Comercio – Formato de Recaudo Nacional, Código de referencia para pago No. 03. En el recibo deberá indicarse el número del expediente y el número de la presente resolución. El pago deberá acreditarse ante la pagaduría de esta Superintendencia, con el original de la consignación, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta resolución.

Vencido el término de pago aquí establecido se causarán intereses moratorios a la tasa del 12% anual, liquidados por días en forma proporcional, lo que le generará un saldo en su contra, por ello, resulta de suma importancia acercarse a la Dirección Administrativa y Financiera a efectos de que se efectúe dicha liquidación.

ARTÍCULO TERCERO: DECLARAR que la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS, identificada con NIT. 900.126.860, la EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ E.S.P., identificada NIT. 899.999.094, y AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P., identificada con NIT. 830.128.286, no actuaron en contravención de lo dispuesto en el numeral 10 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y, por consiguiente, ORDENAR el cierre de la investigación en relación con este cargo.

ARTÍCULO CUARTO: ORDENAR a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS, la EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO

M

RESOLUCIÓN NÚMERO 25036 DE 2014 Hoja No. 160

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

DE BOGOTÁ E.S.P., y AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. adecuar el esquema de recolección de basuras vigente en la ciudad de Bogotá a la fecha de expedición de la presente Resolución a lo dispuesto en la Ley 142 de 1994, y en consecuencia, otorgar un plazo de seis (6) meses para que entre en operación un régimen de libre competencia pura y simple, o un régimen de competencia con áreas de servicio exclusivo, según determine el Distrito de Bogotá, en los términos del artículo 365 de la Constitución Política de Colombia y el artículo 40 de la Ley 142 de 1994; régimen que en cualquier caso deberá involucrar la participación de la población recicladora en los términos establecidos en Sentencia T-724 de 2003, Auto 268 de 2010, Auto 183 de 2011 y Auto 275 de 2011.

ARTÍCULO QUINTO: ORDENAR a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS, la EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ E.S.P., y AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. abstenerse de realizar, a partir de la ejecutoria de la presente Resolución cualquier conducta encaminada a bloquear o limitar la entrada o permanencia de competidores en el mercado de prestación del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá, en los términos establecidos en la presente Resolución y en la Ley 142 de 1994; en especial y en lo de su competencia respectiva, abstenerse de obstruir el acceso de los competidores al Relleno Sanitario Doña Juana, así como abstenerse de restringir la posibilidad de realizar convenios de facturación conjunta entre la EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ E.S.P. y los competidores.

ARTÍCULO SEXTO: INSTRUIR Y DESIGNAR como personas naturales y funcionarios públicos al señor ALCALDE MAYOR DE BOGOTÁ, en su calidad de miembro de la junta directiva de la EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ E.S.P., al Gerente General de la EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ E.S.P., al Director de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS y al Gerente de AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P., como responsables del cumplimiento de las ordenes establecidas en el ARTÍCULO CUARTO y en el ARTÍCULO QUINTO de la parte resolutive de la presente Resolución.

PARÁGRAFO: El incumplimiento de la instrucción señalada en este artículo conllevará a la aplicación de lo dispuesto en los artículos 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009 sobre la omisión de acatar en debida forma lo ordenado por esta Entidad, lo que tiene como consecuencia la imposición de multas a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio hasta por la suma de dos mil salarios mínimos legales mensuales vigentes (2000 SMLM).

ARTÍCULO SÉPTIMO: REMITIR copia de la presente Resolución a la SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CONSEJO DE ESTADO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, y la PROCURADURIA GENERAL DE LA NACIÓN para lo de su competencia.

ARTÍCULO OCTAVO: REMITIR copia de la presente Resolución a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN para lo de su competencia.

W

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

ARTÍCULO NOVENO: ORDENAR a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS, la EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ E.S.P. y AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P., así como a NELLY MOGOLLÓN MONTAÑEZ, HENRY ROMERO TRUJILLO, ALBERTO JOSÉ MERLANO ALCOCER, DIEGO FERNANDO BRAVO BORDA, RICARDO AGUDELO SEDANO, MARIO ÁLVAREZ ULLOA, GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO, GERARDO IGNACIO ARDILA CALDERÓN, MARÍA MERCEDES MALDONADO COPELLO, y JOSÉ ORLANDO RODRÍGUEZ GUERRERO, en aplicación del artículo 17 de la Ley 1340 de 2009, que, ejecutoriada la presente decisión, realicen la publicación del siguiente texto en un diario de amplia circulación nacional:

"Por instrucciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS, la EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ E.S.P. y AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P., así como NELLY MOGOLLÓN MONTAÑEZ, HENRY ROMERO TRUJILLO, ALBERTO JOSÉ MERLANO ALCOCER, DIEGO FERNANDO BRAVO BORDA, RICARDO AGUDELO SEDANO, MARIO ÁLVAREZ ULLOA, GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO, GERARDO IGNACIO ARDILA CALDERÓN, MARÍA MERCEDES MALDONADO COPELLO, y JOSÉ ORLANDO RODRÍGUEZ GUERRERO, informan que:

Mediante Resolución No. - 2 5 0 3 6 expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio, se impuso una sanción en contra de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS, la EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ E.S.P. y AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P., así como a NELLY MOGOLLÓN MONTAÑEZ, HENRY ROMERO TRUJILLO, ALBERTO JOSÉ MERLANO ALCOCER, DIEGO FERNANDO BRAVO BORDA, RICARDO AGUDELO SEDANO, MARIO ÁLVAREZ ULLOA, GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO, GERARDO IGNACIO ARDILA CALDERÓN, MARÍA MERCEDES MALDONADO COPELLO, y JOSÉ ORLANDO RODRÍGUEZ GUERRERO por haber infringido lo dispuesto en artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

Lo anterior, en cumplimiento del artículo 17 de la Ley 1340 de 2009."

ARTÍCULO DECIMO: NOTIFICAR personalmente el contenido de la presente Resolución a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS, la EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ E.S.P. y AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P., así como a NELLY MOGOLLÓN MONTAÑEZ, HENRY ROMERO TRUJILLO, ALBERTO JOSÉ MERLANO ALCOCER, DIEGO FERNANDO BRAVO BORDA, RICARDO AGUDELO SEDANO, MARIO ÁLVAREZ ULLOA, GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO, GERARDO IGNACIO ARDILA CALDERÓN, MARÍA MERCEDES MALDONADO COPELLO, y JOSÉ ORLANDO RODRÍGUEZ GUERRERO, entregándoles copia de la misma e informándoles que en su contra procede recurso de reposición ante el Superintendente de Industria y Comercio, que se podrá interponer dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación.

ARTÍCULO DECIMOPRIMERO: NOTIFICAR personalmente el contenido de la presente Resolución a LIMPIEZA METROPOLITANA S.A. E.S.P., identificada con NIT. 830.123.461, y a RICARDO FELIPE HERRERA CARRILLO, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.3220.238, en su calidad de terceros interesados dentro de la

W

RESOLUCIÓN NÚMERO 25036 DE 2014 Hoja No. 162

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

presente actuación administrativa, entregándoles copia de la misma e informándole que en su contra procede recurso de reposición ante el Superintendente de Industria y Comercio, que se podrá interponer dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación.

ARTÍCULO DECIMOSEGUNDO: Una vez en firme la presente decisión, PUBLÍQUESE en la página Web de la Entidad de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 1340 de 2009, modificado por el artículo 156 del Decreto 019 de 2012.

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los **21 ABR 2014**

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO AD HOC



LUIS GUILLERMO VÉLEZ CABRERA

Proyectaron: Andrés Pérez Orduz, Alberto Madero Rincón, Felipe Serrano Pinilla y Carolina Liévano Liévano
Revisó y aprobó: Felipe Serrano Pinilla

NOTIFICACIONES:

UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS

Apoderada

NOHORA TERESA CRUZ BECERRA

C.C. 51.712.719

Calle 52 No. 13-64

Bogotá D.C.

EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ E.S.P.

AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.

RICARDO AGUDELO SEDANO

ALBERTO JOSÉ MERLANO

DIEGO FERNANDO BRAVO BORDA

JOSÉ ORLANDO RODRÍGUEZ GUERRERO

GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO

GERARDO IGNACIO ARDILA CALDERÓN

MARÍA MERCEDES MALDONADO COPELLO

MARIO ÁLVAREZ ULLOA

Apoderado

ERNESTO RENGIFO GARCÍA

C.C. 14.232.210

RESOLUCIÓN NÚMERO - 2 5 0 3 6 DE 2014 Hoja No. 163

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Radicación: 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

Calle 70 No. 4-30
Bogotá D.C.

NELLY MOGOLLÓN MONTAÑEZ

Apoderado

JUAN MANUEL RUSSY ESCOBAR

C.C. 6.7773.144

Carrera 13 No. 32-51, Torre III, Of. 818
Bogotá D.C.

HENRY ROMERO TRUJILLO

Apoderado

MARTHA CARMENZA ROJAS RUIZ

Avenida Jiménez No. 9-43, Of. 306
Bogotá D.C.

LIMPIEZA METROPOLITANA S.A. E.S.P.

Apoderado

WILLGER DEAZA PULIDO

C.C. 80.727.306

Carrera 62 No. 19-04 Int. 4
Bogotá D.C.

RICARDO FELIPE HERRERA CARRILLO

C.C. 79.320.238

Carrera 1 No. 78-55 Apto. 204
Bogotá D.C.

HW