



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

RESOLUCIÓN NÚMERO ( - 5 3 7 8 8 ) DE 2014

Radicación No. 12-165930

03 SEP 2014

VERSIÓN ÚNICA

*“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”*

**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 2011<sup>1</sup>, en concordancia con el Decreto 2153 de 1992<sup>2</sup>, y,

**CONSIDERANDO:**

**PRIMERO:** Que mediante Resolución No. 14902 del 4 de abril de 2013<sup>3</sup>, 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.<sup>4</sup> (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, la Delegatura abrió investigación y 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 de parte de 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”), en las que dichas empresas

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

<sup>2</sup> Modificado por el Decreto 019 de 2012.

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> 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).

W

RESOLUCIÓN NÚMERO     - 5 3 7 8 8     DE 2014 Hoja N°. 2

*“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”*

Radicación No. 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

informaban sobre la presunta comisión de prácticas comerciales restrictivas de la libre competencia en el mercado de 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 si existía mérito para abrir una investigación por la presunta comisión de prácticas restrictivas de la competencia. Concluida la averiguación preliminar, 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 libre concurrencia al mercado del servicio público de aseo en Bogotá, y que estarían en contra de las normas colombianas sobre libre competencia.

**TERCERO:** Que mediante Resolución No. 43307 del 26 de julio de 2013<sup>5</sup>, la Delegatura reconoció a LIME como tercero interesado dentro de la investigación. Por otra parte, 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 2013<sup>6</sup>, RICARDO FELIPE HERRERA CARRILLO expresó su intención de hacerse parte en la investigación de la 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 administrativa como tercero interesado.

**CUARTO:** 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.

**QUINTO:** 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.

**SEXTO:** Que una vez culminó la etapa probatoria y se realizó la audiencia de descargos prevista en el artículo 155 del Decreto 019 de 2012, la Delegatura presentó ante el Superintendente de Industria y Comercio Ad Hoc el informe de la investigación (en adelante el “Informe Motivado”), 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.

<sup>5</sup> Folios 5413 a 5424 del Cuaderno Público No. 26 del Expediente.

<sup>6</sup> Folios 5592 a 5610 del Cuaderno Público No. 26 del Expediente.

W

RESOLUCIÓN NÚMERO 5 3 7 8 8 DE 2014 Hoja N°. 3

*"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"*

Radicación No. 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

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 con fundamento en 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.

En el Informe Motivado la Delegatura señaló, en general, que los Investigados diseñaron e implementaron un esquema de prestación del servicio de aseo en Bogotá, en virtud del cual una empresa distrital (la EAB) asumiría el 100% de la prestación del servicio de aseo en la ciudad a partir del 18 de diciembre de 2012, impidiendo que cualquier otro prestador del servicio ingresara o se mantuviera en el mercado sin la autorización de la UAESP. Para la Delegatura, con el esquema de aseo implementado por los Investigados, un agente se abrogó la prestación de un servicio que constitucional y legalmente se rige por el principio de libre concurrencia (cualquiera pueda prestar el servicio siempre y cuando cumpla con la regulación), lo cual derivó en la monopolización del servicio público de aseo en Bogotá, una estructura de mercado no prevista en la Ley 142 de 1994 y proscrita por el artículo 336 de la Constitución Política.

Adicionalmente, la Delegatura señaló que los Investigados impusieron a las empresas que venían prestando el servicio de aseo en Bogotá condiciones injustificadas para acceder al Relleno Sanitario Doña Juana, lo cual, en la práctica, bloqueaba la posibilidad de que agentes diferentes a los autorizados por los Investigados estuviesen en capacidad de prestar el servicio público. La Delegatura estableció que dichas condiciones consistieron en: i) exigir a quienes deseaban prestar el servicio de aseo la celebración de un contrato con la UAESP, en el que dicha Entidad autorizara el acceso del competidor al servicio de aseo en Bogotá, en la actividad complementaria de disposición final y; ii) exigir a quienes desearan prestar el servicio una autorización de la UAESP para ingresar al Relleno Sanitario Doña Juana a partir del 18 de diciembre de 2012. Para la Delegatura, con estos condicionamientos los Investigados contravinieron la normativa que rige la prestación de los servicios públicos en Colombia en cuanto a la libertad de acceso y permanencia de los competidores, pues solo por razones de índole técnico se encuentra justificada la restricción al acceso al servicio de disposición final.

Así mismo, la Delegatura consideró que la injustificada negativa a suscribir los convenios de facturación conjunta ejercida por los Investigados erigió 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 en la medida en que sólo a través de la facturación conjunta del servicio de aseo con otro servicio público es posible el cobro del mismo a los usuarios.

**SÉPTIMO:** Que del Informe Motivado se corrió traslado a los Investigados y los terceros interesados, quienes, a excepción de RICARDO FELIPE HERRERA CARRILLO,

W

RESOLUCIÓN NÚMERO - 5 3 7 8 8 DE 2014 Hoja N°. 4

*"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"*

Radicación No. 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

presentaron sus observaciones y comentarios al mismo dentro del término establecido para el efecto.

**OCTAVO:** 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 al Superintendente de Industria y Comercio Ad Hoc sancionar a los Investigados por haber infringido las normas legales que rigen la prestación del servicio de aseo en Colombia, en particular la Ley 155 de 1959.

**NOVENO:** Que el 21 de abril del 2014, el Superintendente de Industria y Comercio Ad-Hoc profirió la Resolución No. 25036 de 2014, en la que determinó que la EAB, AGUAS DE BOGOTÁ y la UAESP infringieron 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.

De igual forma, el Superintendente de Industria y Comercio Ad Hoc determinó que las personas naturales investigadas incurrieron 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.

El Superintendente Ad Hoc también declaró que la EAB, AGUAS DE BOGOTÁ y la UAESP no actuaron en contravención de lo dispuesto en el numeral 10 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y, por consiguiente, ordenó el cierre de la investigación en relación con este cargo. De igual forma, exoneró a las personas naturales de haber colaborado o tolerado la conducta descrita en el numeral 10 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, por parte de la EAB, AGUAS DE BOGOTÁ y la UAESP

La Resolución No. 25036 de 2014 señaló que el régimen constitucional y legal de los servicios públicos en Colombia está concebido para que estos se presten ya sea en libre 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-, o libre competencia "por el mercado", 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. Por último, la Ley 142 de 1994 permite que un municipio preste un servicio público de forma directa únicamente en los casos donde la competencia no es posible por no haber competidores (actuales o dispuestos a entrar) o porque resulta ineficiente frente a la prestación directa por parte del municipio. En cualquier caso, para que el municipio pueda prestar de forma directa y exclusiva el servicio de aseo, según la Ley, deberán verificarse los procedimientos y requisitos establecidos en el artículo 6 de la Ley 142 de 1994, régimen que regula la materia

Teniendo en cuenta lo anterior, frente a las conductas investigadas el Superintendente de Industria y Comercio Ad-Hoc encontró probado dentro del trámite administrativo que la UAESP, la EAB y AGUAS DE BOGOTÁ infringieron lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, en la medida en que realizaron conductas tendientes a limitar la libre

W

RESOLUCIÓN NÚMERO - 5 3 7 8 8 DE 2014 Hoja N° 5

*"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"*

Radicación No. 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

conurrencia al mercado de prestación del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá, al haber adoptado conductas anticompetitivas para evitar que terceros competidores accedieran libremente al mercado, lo cual derivó en una monopolización del mismo ya fuera mediante la prestación directa del servicio por parte de empresas del Distrito Capital de Bogotá (en adelante el "DISTRITO"), o mediante la imposición de requisitos y autorizaciones por parte de este para que otros pudieran ingresar al mercado. Lo anterior, según la Resolución, desconoció las disposiciones legales que establecen la forma en que se deben prestar los servicios públicos en Colombia, y los procedimientos específicos que se deben seguir cuando un municipio va a prestar el servicio público de forma directa.

En particular, se demostró que los Investigados diseñaron y ejecutaron una estrategia para generar barreras de acceso a la prestación del servicio de aseo en Bogotá, que derivó en la obstrucción de todo agente que tuviera la intención y la capacidad de participar en la prestación de este servicio público, y en la exclusión de aquellos prestadores que ya se encontraban establecidos. La obstrucción del acceso al mercado fue materializada por los Investigados a través de una estrategia encaminada a adquirir el control absoluto de la prestación del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá, excluyendo del mercado a los operadores que quisieran prestar el servicio en libre competencia, y más importante aún, sometiendo el acceso de competidores a la voluntad de las entidades investigadas.

Así mismo, se demostró que los Investigados impidieron que los agentes que pretendían participar en el mercado accedieran al sitio de disposición final (Relleno Sanitario Doña Juana) y a los convenios de facturación conjunta, actividades estas que eran absolutamente necesarias para que un competidor pudiese prestar el servicio. Cada una de estas prácticas constituye, por sí misma, una barrera de entrada al mercado, comoquiera que el acceso al relleno sanitario y a la facturación conjunta son elementos esenciales para participar en este mercado.

En consecuencia, el Superintendente de Industria y Comercio Ad-Hoc impuso las siguientes sanciones pecuniarias a los Investigados, por infringir la Ley 155 de 1959 y el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009:

PERSONA JURÍDICA	Monto en pesos	Monto en SMMLV
Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Bogotá E.S.P. (EAB)	\$61.600.000.000	100.000 SMMLV
Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos (UAESP)	\$17.864.000.000	29.000 SMMLV
Aguas de Bogotá S.A. E.S.P.	\$2.217.500.000	3.600 SMMLV

PERSONA NATURAL	Vinculado en su calidad de	Monto en pesos	Monto SMMLV
Nelly Mogollón Montañéz	Directora de la UAESP	\$160.160.000	260 SMMLV
Henry Romero Trujillo	Director (E) de la UAESP	\$40.040.000	65 SMMLV
Alberto José Merlano Alcocer	Gerente General de la EAB	\$240.240.000	390 SMMLV
Diego Fernando Bravo Borda	Gerente General de la EAB	\$410.256.000	666 SMMLV
Ricardo Agudelo Sedano	Gerente de Aguas de Bogotá	\$65.296.000	106 SMMLV
Mario Álvarez Ulloa	Gerente de Aguas de Bogotá	\$65.296.000	106 SMMLV
Gustavo Francisco Petro Urrego	Miembro Junta Directiva EAB	\$410.256.000	666 SMMLV

W

RESOLUCIÓN NÚMERO 5 3 7 8 8 DE 2014 Hoja N°. 6

*"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"*

Radicación No. 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

PERSONA NATURAL	Vinculado en su calidad de	Monto en pesos	Monto SMMLV
Gerardo Ignacio Ardila Calderón	Miembros Junta Directiva EAB	\$65.296.000	106 SMMLV
María Mercedes Maldonado Copello	Miembros Junta Directiva EAB	\$65.296.000	106 SMMLV
José Orlando Rodríguez Guerrero	Miembros Junta Directiva EAB	\$65.296.000	106 SMMLV

Así mismo, el Superintendente Ad Hoc ordenó a la EAB, AGUAS DE BOGOTÁ y la UAESP, adecuar el esquema de recolección de basuras vigente en la ciudad de Bogotá a la fecha de expedición de la Resolución No. 25036 de 2014 a lo dispuesto en la Ley 142 de 1994, y en consecuencia, otorgó 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 la Sentencia T-724 de 2003, Auto 268 de 2010, Auto 183 de 2011 y Auto 275 de 2011.

Por otra parte, se ordenó a la EAB, AGUAS DE BOGOTÁ y la UAESP, abstenerse de realizar, a partir de la ejecutoria de la Resolución recurrida, 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 dicha Resolución y en la Ley 124 de 1994, en especial y en lo de su competencia respectiva, se ordenó a dichas empresas 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 EAB, AGUAS DE BOGOTÁ y la UAESP.

Finalmente, se instruyó y designo al ALCALDE MAYOR DE BOGOTÁ, al Gerente de la EAB, al Director de la UAESP, y al Gerente de AGUAS DE BOGOTÁ, como responsables del cumplimiento de las anteriores órdenes.

**DÉCIMO:** Que una vez notificada la decisión, y dentro del término legal, las personas naturales y jurídicas investigadas interpusieron recurso de reposición contra la Resolución No. 25036 de 2014, solicitando su revocación total, y en subsidio su modificación.

A continuación se exponen los argumentos presentados por los Investigados en sus recursos de reposición.

W

*"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"*

Radicación No. 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

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

Mediante recurso de reposición radicado ante esta Entidad con el No. 12-165930-494 del 9 de mayo de 2014, estos investigados presentaron los siguientes argumentos:

#### **10.1.1. Introducción**

Manifiestan que la Resolución que se impugna no puede interferir con la implementación de las acciones afirmativas ordenadas por la Corte Constitucional para la inclusión de la población recicladora al mercado de aseo de Bogotá, así como tampoco puede forzar al DISTRITO a poner en operación modelos de recolección de basuras de ejecución ineficientes y con un efecto nefasto.

En línea con lo anterior, los Investigados presentan los siguientes argumentos:

- La Resolución No. 25036 de 2014 ilegítimamente trata de limitar el ámbito discrecional que la Corte Constitucional le dio al DISTRITO para implementar las acciones afirmativas para la inclusión de recicladores. En este sentido, ponen de presente que la misma Corte señaló que la Ley 142 de 1994 era insuficiente para incluir a los recicladores.
- Los operadores privados renunciaron voluntariamente a la gestión comercial y financiera de los contratos, en razón a que *"eso les resultaba más rentable y porque sabían que la transición a ASEs con componente de aprovechamiento necesitaba un plazo prudencial."*
- La Resolución No. 25036 de 2014 desconoce que existe un mercado aparte que es el de servicio de aseo a grandes generadores, por lo cual el análisis del mercado relevante debe variar, en tanto no se incluyó en su definición el mercado de los grandes generadores, en donde también pueden competir los agentes del mercado, más no el DISTRITO. De hecho, las acciones del DISTRITO llevaron a promover la competencia en mercados como el de los grandes generadores.
- La aplicación de la doctrina de las facilidades esenciales es totalmente inédita y no tiene congruencia con la resolución de apertura de la investigación.
- Contrario a lo manifestado en la Resolución No. 25036 de 2014, el Consejo Asesor no pudo haber emitido un concepto a favor de la sanción de manera unánime, habida cuenta que dos de sus miembros se declararon impedidos.
- El Superintendente de Industria y Comercio Ad Hoc debió declararse impedido por efectos de la investigación que la Procuraduría General de la Nación abrió en su contra.

*"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"*

Radicación No. 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

- Los funcionarios sancionados tienen un margen de discrecionalidad prácticamente nulo para oponerse a lo ordenado por el Decreto 564 de 2012 y el Acuerdo 489 del Concejo de Bogotá, por lo que resulta inconcebible que se les sancione por ejecutar una política pública.
- La SIC no podía proferir la sanción sin haber resuelto la nulidad constitucional presentada antes del traslado del Informe Motivado.

#### **10.1.2. El DISTRITO no actuó al margen de la Ley**

- El Decreto 564 de 2012 expedido por la Alcaldía Mayor de Bogotá, *"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."*, es legal.
- El hecho de que la CRA haya objetado la solicitud de verificación de ASEs presentada por el DISTRITO el 19 de noviembre de 2012, demuestra que el DISTRITO siempre ha respetado y cumplido la Ley 142 de 1994.
- No es verdad que existe metodología para remunerar al reciclador como lo sostiene la SIC, pues la Corte Constitucional exhortó a la CRA para que estructurara una nueva metodología.
- El supuesto desistimiento de la solicitud de ASEs señalado en la Resolución No. 25036 de 2014 se cae de su propio peso, pues el Decreto 564 de 2012 indica que el esquema adoptado es transitorio y con duración hasta cuando se adjudiquen las ASEs. En este sentido, agregan que el DISTRITO no desistió, más bien consideró que era indispensable reformular el estudio presentado, esperando a que se encuentren definidos los aspectos del aprovechamiento.
- La SIC sostiene sin fundamento alguno que la licitación se puede hacer actualmente sin la metodología que no ha expedido la CRA.
- Se equivoca la SIC al concluir que tiene facultad para pronunciarse sobre la conducta de los funcionarios del DISTRITO desplegada en seguimiento del Decreto 564 de 2012, cuando dicho decreto fue declarado legal por un juez administrativo.
- En cuanto a la valoración de los correos electrónicos receiptados en la visita administrativa que se realizó en la EAB el 21 de noviembre de 2012, señalan que el trámite se encuentra viciado *ope iure* porque se valoró una prueba ilícita que conlleva a una nulidad insubsanable. Al respecto, manifiestan que la SIC *"[s]e inventó que el Tribunal Superior de Bogotá profirió una sentencia aclaratoria, cuando en realidad negó la solicitud de aclaración de la sentencia por improcedente; luego se mantuvo en esa posición al resolver la revocatoria directa"*

*W*

*“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”*

Radicación No. 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

*que se presentó en contra del auto que decretó pruebas, ello por violación manifiesta de la Constitución y la Ley; y ahora, no obstante que reconoce que el Tribunal declaró improcedente dicho pedimento, insiste en la imaginaria distinción entre los correos electrónicos recaudados con y sin voluntad de los funcionarios, para concluir que para “evitar más dilaciones y alegaciones sobre supuestas nulidades en este trámite”, no los tendrá en cuenta en la Resolución No. 25036 de 2014 (...).”*

- La conducta sancionada resultó en que nunca había existido tanta competencia como ahora, que incluye además de los operadores privados a 7000 recicladores y un operador público, además, la flota adquirida impide que la ciudad vuelva a estar expuesta a la merced de la voluntad de los operadores privados.
- Las notas de prensa citadas en la Resolución No. 25036 de 2014 como prueba de la estrategia de monopolizar el mercado, no pueden ser tenidas en cuenta, tal y como ha sido señalado por el Consejo de Estado.
- En Bogotá han operado anteriormente modelos excepcionales de recolección de basuras distintos a los consagrados en la Ley 142 de 1994 y no se ha sancionado ni destituido a ningún alcalde por ello.

#### **10.1.3. Control del sistema por parte de un operador público**

- La SIC no le da alcance ni desvirtúa las declaraciones del experto LUÍS EDUARDO AMADOR CABRA, obrantes en el expediente, respecto de la cual se infiere lo siguiente:
  - La manera más eficiente de cumplir con las órdenes de la Corte Constitucional era que el DISTRITO asumiera el control del modelo de recolección.
  - El modelo de libre competencia es ineficiente en Bogotá.
  - La fase final del modelo de libre competencia es un monopolio que genera el riesgo de que algunas áreas se queden sin servicio.
- De acuerdo con el principio de eficacia, en situaciones excepcionales, el DISTRITO se encuentra habilitado para tomar medidas como la de darle el control del aseo a un operador público.
- En el testimonio del Dr. CARLOS ALBERTO ATEHORTÚA RÍOS obrante en el expediente, se señalan las inconveniencias del modelo de libre competencia por la ausencia de respuesta a las siguientes preguntas:
  - ¿Cómo se va a equilibrar el esquema de subsidios y contribuciones?
  - ¿Cómo se va a garantizar la constitución ecológica?

W

*"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"*

Radicación No. 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

- ¿Quiénes se hacen cargo del barrido y poda de césped?
  - ¿Cómo se va a garantizar el acceso universal al servicio?
  - ¿Cómo se va a manejar el espacio público?
  - Problemas de destrucción de valor.
  - ¿Quién va a indemnizar a los operadores?
- A ninguna entidad distrital se le puede exigir una aplicación irrestricta del régimen de servicios públicos. Además Bogotá cuenta con su propio Estatuto Orgánico, y las leyes especiales que el DISTRITO dicte para sí, priman sobre las disposiciones generales.
  - Es un error considerar que en la Junta Directiva de la EAB se diseñó una política pública, pues el programa Basura Cero hizo parte del plan de gobierno que los bogotanos eligieron y que fue aprobado por el Concejo.
  - No se puede inferir que por haber asistido a las Juntas Directivas de la EAB, los Investigados concertaron una estrategia anticompetitiva. Sólo asistieron por su deber legal en cumplimiento de sus funciones (deber misional).
  - La CRA nunca ha conceptuado que lo más conveniente para la ciudad sea la libre competencia. Por el contrario, la SIC pasó por alto que en dos ocasiones anteriores la CRA emitió conceptos favorables para la implementación de ASEs en Bogotá, señalando que éstas permiten mantener y extender la cobertura a los estratos más bajos.

#### **10.1.4. Respeto de la cobertura del servicio**

- El hecho que en el Convenio 017 de 2012 se haya dicho que el DISTRITO tendrá una cobertura del 100%, no quiere decir que la EAB preste el servicio de manera exclusiva. Con esa afirmación solamente se está reiterando el principio constitucional de la universalidad de la prestación de servicios públicos esenciales.
- Si se hubiera dejado a los operadores privados en libre competencia, no se hubiera podido incluir a los recicladores y se habría configurado un descreme del mercado, con efectos nefastos para los estratos 1 y 2, que se habrían visto relegados por los suscriptores que estuviesen en capacidad de pagar una tarifa que superara o igualara el costo de operación y remuneración de las inversiones realizadas por los operadores.
- Sobre la exclusión a los demás competidores, señalan que *"Si el Distrito hubiese querido prestar el servicio de aseo en toda la ciudad, y excluir a los tradicionales empresarios de aseo de la capital, no se hubiera puesto a celebrar contratos de*

*W*

*“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”*

Radicación No. 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

*concesión de manera directa, ni contratos interadministrativos que le dieran más tiempo para trabajar que los anteriores, ni contratos de operación; simple y llanamente hubiera cumplido con los requisitos que la Ley 142 de 1994 exige para la prestación directa del servicio por parte del ente territorial, pero la idea no era sacarlos sino competir. No cabe duda que lo que demuestra la celebración de los diferentes instrumentos jurídicos celebrados entre los operadores privados y el Distrito, es que no se les quería excluir de la prestación del servicio de aseo de la ciudad.”*

- La SIC se atrevió a hacer un control de legalidad el Decreto 564 de 2012, cuando el Juzgado 3 Administrativo había señalado lo siguiente:

*“[d]el Decreto acusado 564 del 10 de diciembre de 2012, no se desprende ninguna conducta transgresora, en las demandas se les da un gran peso al principio de la libre competencia y lo afirman como absoluto, inmodificable y no graduable, sin tener en cuenta que se está en el escenario de los servicios públicos domiciliarios, en el que se le debe dar mayor peso a otros valores y principios, tales como los aquí varias veces citados, de los cuales se colige que el Estado tiene obligación de responder por la continuidad del servicio y que debe garantizar acciones afirmativas a grupos marginados.”*

(...)

*“Así las cosas, prolongar dicha situación no resultaba conveniente en los términos expuestos, por el contrario la expedición del decreto acusado se le están dando oportunidades a otros actores no incluidos como la población recicladora y por su carácter transitorio no se evidencia infracción a la libre empresa, toda vez que los cambios de procesos no son instantáneos pues se requiere de etapas sucesivas, continuas, con ejecución de los proyectos relacionados hasta conseguir el cambio de la situación y la formulación de nuevos objetivos, que en este caso se concretan a las acciones afirmativas relacionadas con la población marginada.”*

- La decisión de implementar acciones afirmativas para la inclusión de recicladores encuentra sustento en las normas de competencia, más precisamente aquellas que exceptúan de sanciones por presuntas prácticas restrictivas a quienes celebren acuerdos dirigidos a proteger servicios de interés para la economía general, como lo es, por ejemplo, el servicio público de aseo. Así mismo, es aplicable la excepción consagrada en artículo 49 del Decreto 2153 de 1992 sobre facilidades comunes, por cuanto (i) las facilidades comunes son instrumentos que contribuyen a la solución de problemas que tengan impacto en el interés general, y no necesariamente en los competidores del mercado; (ii) el esquema de transición representó una reducción significativa de la tarifa de aseo; y (ii) una facilidad es una solución a un problema concreto que se presenta.

#### 10.1.5. Regla de la razón

Entender que la UAESP le entregó el mercado de aseo a la EAB por virtud del Convenio 017 de 2012 es equivocado por las siguientes razones:

*W*

*“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”*

Radicación No. 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

- El esquema era provisional.
- Como no se pactó exclusividad, la UAESP podía contratar a otros operadores, como en efecto ocurrió.
- Para adquirir la flota necesaria para cubrir el 100% de la ciudad se necesitan 6 meses y la ejecución del Convenio 017 inició solamente 3 meses después de haberse celebrado.
- *“Es claro que hubo por parte de los operadores privados voluntad de renunciar en los contratos de operación celebrados con la UAESP, respecto de la gestión comercial y financiera del servicio de aseo, especialmente de la facturación por el mismo, lo que no es consecuente con las solicitudes de facturación conjunta que algunos de ellos iniciaron, y que solo LIME llevó hasta su finalización logrando la imposición del convenio. La renuncia de derechos y su fuerza vinculante no se debe desconocer en la presente actuación, máxime en razón a que le trajo beneficios representados en la disminución de sus costos de transacción.”*

#### **10.1.6. Sobre la creación de un monopolio artificial**

- No está la condición fundamental para que se evidencie la creación de un monopolio artificial porque no existe un agente dominante del mercado. Además Bogotá cuenta con tres operadores privados, uno público y 14000 recicladores.
- No está demostrada la ventaja o utilidad que le representaría al DISTRITO crear un monopolio artificial, en la medida en que las tarifas están restringidas por la metodología tarifaria que determine la CRA, por lo que la creación del monopolio desquiciaría toda la teoría económica que se ha escrito a este respecto.

#### **10.1.7. Sobre el acceso al Relleno Sanitario Doña Juana**

- Permitir el acceso de los operadores privados al Relleno Sanitario Doña Juana pondría en grave peligro la salud de los habitantes de Bogotá y podría generar una emergencia social y ambiental difícil de superar.
- Las autorizaciones de acceso al lugar de disposición por parte de la UAESP existen desde mucho tiempo antes del inicio de los hechos materia de investigación, lo que demuestra que el acceso controlado al Relleno Sanitario Doña Juana no se puede apreciar como una conducta anticompetitiva.

#### **10.1.8. Sobre los convenios de facturación conjunta**

- Los operadores privados no estaban legitimados para solicitar la suscripción de convenios de facturación conjunta, teniendo en 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. La SSPD ha reconocido que ni LIME, ni ATESA ni

*W*

*“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”*

Radicación No. 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

ASEO CAPITAL son prestadores del servicio público de aseo, sino operadores del servicio.

- No queda clara la naturaleza de facilidad esencial de los convenios de facturación conjunta, comoquiera que el prestador del servicio cuenta con la posibilidad de celebrar convenios con otros servicios públicos domiciliarios.
- Estando en marcha el modelo de ASEs con la implementación de acciones afirmativas, sin contratos de concesión y, habiendo renunciado a la gestión comercial y financiera de los contratos, ¿a qué título facturarían los operadores privados del servicio público de aseo?
- Los operadores privados no pueden facturarle a ningún cliente porque simplemente no los tienen; tenían zonas o un territorio por donde podían transitar y recoger basuras, que en el actual sistema de recolección de basuras se les mantiene; sin embargo, no han conquistado ni un solo cliente, o mejor, el usuario no ha elegido a ningún operador simple y llanamente porque la excepción a la libre competencia, como bien lo sostiene el tercero interviniente en la página 3 de su escrito, son precisamente las ASEs.
- No sería consecuente con el régimen de servicios públicos que en pleno proceso de selección de nuevos operadores privados para la ciudad, prestadores de servicio privados acapararan una clientela que a la postre tendrían que transferir a los adjudicatarios de las nuevas ASEs. Lo anterior tendría implicaciones técnicas e indemnizatorias.

#### **10.1.9. Autosuficiencia e independencia de las acciones afirmativas**

Sostienen que esperar una actualización del régimen de servicios públicos para brindar herramientas suficientes para formalizar el aprovechamiento no era una opción para el DISTRITO. En este sentido, ponen de presente que la Corte Constitucional ordenó actuar aun faltando un marco normativo propicio para la inclusión de los recicladores.

#### **10.1.10. Sobre la proporcionalidad de la sanción**

Frente a la EAB

- Si la SIC quería realmente dosificar la sanción de la EAB, ha debido establecer si la supuesta conducta anticompetitiva generó algún impacto en el mercado, cuál fue el grado de participación de la entidad, si existió algún beneficio obtenido por el infractor y cuál fue su actuar procesal dentro de la investigación.
- La EAB es una empresa industrial y comercial del Estado que debe cumplir con las políticas públicas que fije el gobierno distrital, y por lo tanto no puede diseñar ni crear políticas públicas.

*W*

RESOLUCIÓN NÚMERO - 5 3 7 8 8 DE 2014 Hoja N°. 14

*"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"*

Radicación No. 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

- La EAB actuó bajo confianza legítima de que estaba actuando en el marco de la Ley, en tanto que el Juzgado Tercero Administrativo negó la solicitud de suspensión provisional del Decreto 564 de 2012.
- En ningún momento la EAB buscó excluir a los demás competidores, pues sus fines son más trascendentales que el dinero, como por ejemplo salvaguardar el interés social.
- Se observa una contradicción frente a la falta de colaboración de los funcionarios de la EAB en la visita del 21 de noviembre de 2012, pues la SIC señaló que obtuvo aprobación para recolectar los correos electrónicos y a la hora de dosificar la sanción, acoge como agravante una supuesta renuencia de ellos a entregar la información.

#### Frente a AGUAS DE BOGOTÁ

- Resulta desproporcionado que se le imponga una sanción a una persona jurídica por el simple hecho de celebrar un contrato.
- Se demostró la idoneidad de AGUAS DE BOGOTÁ para prestar el servicio de aseo y, además, que de conformidad con el Convenio Interadministrativo No. 809 de 2012, nunca diseñó o implementó el modelo de esquema de recolección de basuras de Bogotá, sino por el contrario, se limitó a realizar actividades operativas para la prestación del servicio de aseo y sus actividades complementarias.
- Como operador, la conducta de AGUAS DE BOGOTÁ nunca pudo afectar el mercado y menos generar un impacto restrictivo a la entrada de posibles competidores.
- AGUAS DE BOGOTÁ es un subcontratista de la prestación del servicio de aseo en Bogotá, al igual que los demás operadores, por lo que nada explica la razón por la cual no hayan sido sancionados, estando en las mismas condiciones, lo cual es un trato desigual y prueba de la falta de imparcialidad de la SIC frente al DISTRITO.

#### Frente a las personas naturales

- La SIC no podía desconocer que la Ley (Decreto 564 de 2012) y los Estatutos de la EAB obligaban a las personas naturales a adoptar políticas administrativas tendientes a garantizar la prestación eficiente del servicio público de aseo. Esto prueba que la participación de los Investigados se llevó a cabo por mandato legal.
- Tener como prueba noticias periodísticas es un error fáctico insubsanable.
- En los debates políticos en el Congreso de GUSTAVO PETRO URREGO y DIEGO BRAVO BORDA, incorporados como prueba en la actuación, los funcionarios públicos defienden sus puntos de vista para que los ciudadanos se enteren, más

*HN*

*"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"*

Radicación No. 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

no para lograr perpetuar conductas anticompetitivas. En dichas declaraciones ante el Congreso, nunca se señaló que el DISTRITO quería crear barreras de entrada en el mercado.

- La SIC omite que, en su interrogatorio, DIEGO BRAVO BORDA manifestó que asistía a las reuniones de junta directiva con voz pero sin voto, y que en su condición de gerente de la EAB tomó decisiones que eran netamente administrativas.
- Las funciones de ALBERTO MERLANO ALCOCER en la Junta Directiva de la EAB, eran de asesoría gerencial como contratista del DISTRITO, más no para desarrollar estrategias dirigidas a afectar la competencia.
- La SIC omite que RICARDO AGUDELO SEDANO asumió el cargo de gerente de AGUAS DE BOGOTÁ el 2 de enero de 2013, por lo cual al analizar el grado de participación individual debió tener en cuenta que ningún cargo imputado tiene como fundamento hechos ocurridos en 2013. Lo que hizo RICARDO AGUDELO SEDANO fue cumplir con un contrato válidamente celebrado entre las partes (Contrato Interadministrativo 809 de 2012), con el propósito negocial de prestar un servicio público esencial que no se puede suspender. Dar por terminado el contrato o no renovarlo, implicaría que el servicio no se prestaría en Bogotá de manera eficiente, lo que evidentemente va en contra de la Ley 142 de 1994 y las obligaciones propias del DISTRITO. Además, RICARDO AGUDELO SEDANO no fue quien negoció ni suscribió dicho contrato.
- La celebración del Contrato 809 de 2012 por MARIO ALVAREZ ULLOA no puede constituir una contravención a la libre competencia, pues el objeto del contrato y las obligaciones que se desprenden de él se encuentran conforme a la ley y al Convenio Interadministrativo 017 de 2012, en donde se autorizó a la EAB a subcontratar con empresas idóneas para la prestación del servicio de aseo.
- El hecho de haber estudiado la manera como AGUAS DE BOGOTÁ iba a adquirir maquinarias y equipos que le permitieran cumplir con el Convenio 809 de 2012 no puede constituir un comportamiento anticompetitivo, pues para MARIO ALVAREZ ULLOA, como gerente de la sociedad, esta obligación es inherente a su cargo.
- El DISTRITO en ningún momento se salió de los esquemas permitidos en la ley para la prestación del servicio público de aseo.

Por último, 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 manifiestan que en el evento en que se decida mantener la Resolución No. 25036 de 2014 por estimarse que se violó la cláusula general de protección de la competencia, solicitan se modifique el artículo cuarto de la Resolución sancionatoria en

*“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”*

Radicación No. 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

el sentido de ampliar el plazo de seis meses de operación de un nuevo régimen a catorce meses (14) para entrar en ejecución.

#### **10.1.11. Argumentos adicionales de ALBERTO MERLANO ALCOCER**

Mediante escrito radicado ante esta Entidad con el No. 12-165930-493 del 9 de mayo de 2014, ALBERTO MERLANO ALCOCER adiciona su recurso de reposición, presentando los argumentos que se resumen a continuación.

- La Junta Directiva de la EAB nunca tomó decisión alguna relacionada con el diseño y/o implementación de un esquema de aseo para Bogotá, ni sobre la creación de barreras artificiales de entrada. La decisión de la junta, tomada dentro del marco de sus funciones principales, se redujo a la aclaración del objeto social de la empresa, no para incluir la prestación del servicio de aseo, sino para establecer el alcance de su objeto, teniendo en cuenta que sus estatutos ya contemplaban el saneamiento básico como una de las funciones a cargo de la empresa.
- La responsabilidad en este tipo de investigaciones no puede ser objetiva, por lo cual no basta con pertenecer a la junta directiva para ser sujeto pasivo de sanción, se requiere plena prueba para sancionar. Así, la afirmación de que no existe evidencia de que haya manifestado desacuerdo con las decisiones adoptadas al interior del órgano colegiado no resulta suficiente para que se le condene, porque las decisiones de aprobar un presupuesto y aclarar un objeto social no pueden entenderse como constitutivas de prácticas restrictivas a la libre competencia, porque es un derecho indiscutible de cualquier empresa, ya sea pública o privada.
- ALBERTO MERLANO ALCOCER no pudo haber intervenido como miembro de la Junta Directiva de la EAB en la consolidación de los negocios a que se hace referencia en la parte considerativa de la Resolución impugnada. Además, la naturaleza jurídica de la EAB como empresa industrial y comercial del DISTRITO, que tiene por objeto la prestación de los servicios domiciliarios y el saneamiento básico, le permite participar en el mercado del aseo en Bogotá sin autorización de la Junta Directiva ni de sus integrantes individualmente considerados.
- No se precisa cuál es la evidencia obrante en las actas de Junta Directiva de la EAB sobre la que se construye la supuesta responsabilidad de ALBERTO MERLANO ALCOCER.
- En el Acta 2479 del 29 de agosto de 2012 citada por el Despacho, tan solo se efectuó una presentación sobre las diferentes modalidades de prestación del servicio de aseo en las principales ciudades del país, pero no se sometió a consideración de la junta la adopción de ningún modelo de aseo, porque esa es una decisión que debe ser adoptada por el gobierno distrital y no la Junta Directiva de la EAB.

*“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”*

Radicación No. 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

- Cuestionar a la EAB por aclarar su objeto social, implicaría que se le impida participar en un mercado de libre competencia en la prestación del servicio de aseo.
- No es cierto, como se afirma en la página 156 de la resolución impugnada, que ALBERTO MERLANO ALCOCER era gerente de la EAB para la fecha de los hechos, porque en las mismas actas está plasmado que para la época era miembro de la Junta Directiva y su condición de gerente la adquirió hasta el 6 de marzo de 2013.
- ALBERTO MERLANO ALCOCER no tuvo ninguna participación en la determinación del objeto o alcance del Contrato Interadministrativo 017 de 2012 entre la UAESP y la EAB porque no se desempeñaba como gerente de la EAB. Lo mismo se predica en el caso del Decreto 564 de 2012.
- La SIC afirma que las supuestas prácticas anticompetitivas fueron consecuencia del desarrollo del Decreto 564 de 2012, el cual fue declarado como legal por un Juez Administrativo.
- La sanción se impuso sin comparar la supuesta conducta transgresora de las normas de libre competencia frente a los criterios para la graduación de la multa.

## **10.2. ARGUMENTOS DE LA UAESP**

Mediante recurso de reposición radicado ante esta Entidad con el No. 12-165930-495 del 9 de mayo de 2014, la UAESP solicita que se revoque total o parcialmente la Resolución No. 25036 de 2014, con fundamento en los argumentos que se resumen a continuación.

### **10.2.1. Se expidió el acto administrativo con falsa motivación y sin competencia, como consecuencia de haber evaluado la legalidad del Decreto 564 de 2014**

La UAESP manifiesta que la SIC encubre un claro juicio de legalidad del Decreto 564 del 2012, función que escapa al ámbito de sus competencias. Al respecto, señala que la SIC primero indica que el Decreto exigía ciertos requisitos para la prestación del servicio, posteriormente indica que la ley no exigía tales requisitos, para luego concluir que tales autorizaciones se configuran como prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia.

En el mismo sentido, señala que, en opinión de la SIC, la supuesta obstrucción del acceso de los competidores al Relleno Sanitario Doña Juana, como práctica restrictiva de la competencia, se cristalizó en el Decreto 564 de 2012, con lo cual estaría realizando una evaluación de legalidad del Decreto 564 de 2012.

*"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"*

Radicación No. 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

**10.2.2. La Resolución No. 25036 de 2014 se expidió con falsa motivación y con violación del derecho de defensa, como consecuencia de i) imputar un cargo que nunca fue puesto de presente en la apertura de la investigación; ii) dar valor probatorio a información de prensa; y iii) concluir que existe monopolización del mercado**

- La UAESP señala que el supuesto monopolio que le fue achacado no se encuentra presente en la resolución de apertura de la investigación, y solo hasta la resolución atacada es puesto de presente.
- La supuesta toma de control de la prestación del servicio público de aseo por parte del DISTRITO no deriva necesariamente en una situación de monopolio artificial, figura que no aplica para el presunto caso de restricción de la competencia.
- Es un grave error de la SIC confundir a los usuarios con mercancía, al señalar a la UAESP como infractor, pues está probado que los concesionarios -hoy operadores-, no son dueños de un mercado ni luchan por buscar a quien brindarles este servicio, pues es el DISTRITO quien les entrega un mercado cautivo a través de un proceso licitatorio.
- De conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado, informes de prensa como los que presenta la SIC como pruebas de la monopolización no tienen fuerza suficiente para demostrar un hecho.
- La SIC afirmó la existencia de un monopolio, al paso que también afirmó la existencia de dos o más prestadores del servicio (LIME y ASEO CAPITAL).

**10.2.3. La Resolución No. 25036 de 2014 se expidió con falsa motivación, como consecuencia de haber considerado a la UAESP como un agente del mercado**

- La UAESP tiene como función garantizar que los servicios a su cargo se presten de manera eficiente, por lo cual no es objeto de la aplicación de las normas de libre competencia.
- El Estado no es un agente del mercado, es el agente económico; el Estado acude como oferente y como demandante; es el mayor productor de bienes y servicios. El Estado tiene, a diferencia de los otros agentes económicos, una capacidad coactiva, como por ejemplo la actividad de recaudar impuestos.
- Por agente del mercado debe entenderse a aquella persona que es operadora o interactúa en un mercado mediante la provisión o la negociación de los bienes o servicios que ofrece. En este caso la UAESP es una autoridad que tiene la obligación de garantizar la prestación de un servicio público y que ejerce unas competencias en el campo de derecho público, mediante la implementación de programas, políticas y proyectos para garantizar la provisión del servicio de aseo y, por lo tanto, no opera o presta el servicio en el mercado de la provisión del servicio público de aseo en el Distrito Capital.

*“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”*

Radicación No. 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

**10.2.4. La Resolución No. 25036 de 2014 se expidió con falsa motivación, como consecuencia de no haber considerado que las políticas definidas por el DISTRITO Capital para la prestación del servicio de aseo no están sometidas a la ley de competencia**

- La UAESP, como entidad distrital del sector descentralizado por servicios de carácter eminentemente técnico y especializado, sólo aplicó el modelo señalado en el Decreto 564 de 2012, en cumplimiento de sus competencias legalmente otorgadas.
- La SIC no estudió todas las acciones que la UAESP ha desplegado para dar cumplimiento a las órdenes judiciales impartidas por la Corte, que se encuentran plasmadas en el Plan de Inclusión Social de la Población Recicladora, y que, fundamentalmente se basan en el esquema transitorio para la prestación del servicio de aseo en el Distrito Capital que se adoptó en el Decreto 564 de 2012.
- La UAESP no podía iniciar inmediatamente la estructuración del modelo de aseo mediante ASEs, siendo necesario abordar un esquema transitorio, esto es, el adoptado mediante el Decreto 564 de 2012.

**10.2.5. La SIC no consideró que el Decreto 564 de 2012 fue declarado ajustado a la Constitución y a la ley**

La legalidad del Decreto 564 de 2012 cuenta con tres antecedentes de jueces administrativos que en actuaciones independientes han señalado que el modelo transitorio de aseo implementado no vulneraba el principio de libertad de empresa, ni se evidencia vulneración alguna a mandato constitucional o ley.

**10.2.6. La SIC no consideró que el modelo del Decreto 564 de 2012 es el adecuado para dar cumplimiento a las órdenes de la Corte Constitucional**

Para dar continuidad en la prestación del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá, se utilizó el fenómeno jurídico de la urgencia manifiesta para suscribir los contratos de operación con empresas privadas de servicios públicos, pues existía imposibilidad de acudir a la licitación pública mientras la CRA establecía la metodología tarifaria.

**10.2.7. La SIC consideró pruebas obtenidas ilícitamente**

La SIC debe declarar la nulidad de lo actuado, dado que, a pesar de haberse advertido la ilicitud desde el inicio del procedimiento, las pruebas alcanzaron a contaminar no solo el material probatorio sino las fases de producción u obtención y asunción.

**10.2.8. Sobre la facturación conjunta**

- Dentro de las funciones o facultades de la UAESP no está la de aprobar convenios de facturación conjunta.

*HW*

*“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”*

Radicación No. 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

- En los contratos de operación suscritos libremente con los privados se acordó no realizar la actividad financiera y comercial, que es la relación jurídica que se tiene con el usuario. Además, al haber firmado el clausulado del contrato, los operadores privados aceptaron que sería la EAB quien realizaría la facturación de sus servicios prestados, por lo cual no les asiste la facultad de solicitar un nuevo convenio de facturación conjunta, cuando ya está vigente el compromiso y aceptación que es la EAB quien la realizará.

#### **10.2.9. Sobre la limitación del acceso al Relleno Sanitario Doña Juana**

La determinación adoptada por la Alcaldía de informar sobre los requisitos que se deben cumplir para autorizar el acceso al Relleno Sanitario Doña Juana no obedece a un simple capricho de la administración, sino que tiene como finalidad garantizar la preservación de la salubridad pública y asegurar las condiciones técnicas del relleno sanitario.

#### **10.2.10. La SIC omitió realizar la graduación de la sanción, así como la argumentación respecto a su proporcionalidad**

- La SIC debió efectuar la dosificación de la sanción con las pruebas obrantes en el proceso administrativo, subsumiendo los hechos demostrados en los criterios establecidos por el legislador.
- No sabe la UAESP qué criterios tuvo en cuenta la SIC para imponer la sanción, ni la razón para que la misma sea de tal magnitud que pueda incluso afectar gravemente el adecuado funcionamiento de la UAESP.

#### **10.2.11. La Resolución No. 25036 de 2014 se expidió con falsa motivación como consecuencia de haber establecido un plazo de seis meses para la entrada en vigencia de un régimen de libre competencia o por áreas de servicio exclusivo**

Los estudios y análisis para cambiar el modelo no pueden realizarse en el término indicado por la SIC, el cual puede tardar entre 12 y 18 meses. La orden desborda las facultades de la SIC y no ofrece ninguna solución útil a las órdenes de la Corte Constitucional, al contrario, arroja a la UAESP a cometer los mismos errores cometidos anteriormente, sustentados en una imposibilidad.

#### **10.2.12. La Resolución No. 25036 de 2014 se expidió con falsa motivación como consecuencia de haber efectuado la fase de instrucción una persona bajo causal de impedimento y/o con conflicto de interés**

- El Superintendente titular se declaró impedido solo hasta el momento previo a la realización de la audiencia de presentación verbal de argumentos. Según la SIC, tal impedimento no fue posible manifestarlo antes dado que no se tenía conocimiento del mismo. Este argumento es contrario a la realidad, pues no se entiende cómo pudo tener una relación de amistad con uno de los operadores, pero sólo conocerla hasta la etapa de la audiencia.

*“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”*

Radicación No. 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

- El Superintendente tiene incidencia en la Delegatura porque el artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 señala que es función del Superintendente dirigir la SIC conjuntamente con los Superintendentes Delegados, y el artículo 10 establece como función de los Delegados colaborar con el Superintendente de Industria y Comercio en la dirección de la Superintendencia y, en especial, en lo referente a las dependencias a su cargo.

### **10.3. ARGUMENTOS DE HENRY ROMERO TRUJILLO**

Mediante recurso de reposición radicado ante esta Entidad con el No. 12-165930-492 del 9 de mayo de 2014, HENRY ROMERO TRUJILLO solicita que se revoque la Resolución No. 25036 de 2014, con fundamento en los argumentos que se resumen a continuación:

- En junio de 2011, HENRY ROMERO TRUJILLO no tenía ninguna relación laboral o contractual con la UAESP, por lo cual es imposible que hubiera suscrito los estudios previos de contratación directa del 29 de junio de 2011.
- La sanción impuesta podría llevar a que la SIC incurra en las conductas penales de prevaricato y acto arbitrario e injusto.
- Existe falsa motivación porque la UAESP nunca asumió la prestación directa del servicio a través de la administración central, y al contrario, implementó un esquema de prestación indirecta mediante la contratación con la EAB. La diferencia entre esquema de prestación directa e indirecta está establecida por la SSPD a través del Concepto unificado SSPD-2009-08 y ha sido reglamentada por el Gobierno Nacional mediante el Decreto 398 de 2002.
- La SIC desconoce que por ley, todo servicio público domiciliario en Colombia debe prestarse con base en un contrato de servicios públicos. Por tanto, exigir que se permita a las empresas de servicios públicos privadas el acceso al relleno sanitario sin que previamente hayan celebrado un contrato con el operador, es pedir que se viole la ley.
- Los operadores privados nunca presentaron la información técnica solicitada por el operador del Relleno Sanitario Doña Juana, con lo cual era imposible el estudio y trámite de la solicitud de acceso al mismo.
- Las resoluciones del Ministerio del Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible citadas por la SIC sobre acceso a los sitios de disposición final establecen el derecho de solicitar y acceder al servicio de disposición final; sin embargo existen normas superiores (Ley 142 de 1994, Resolución CRA 151 de 2001, Decreto Nacional 838 de 2005) que son específicas en la reglamentación de los requisitos para acceder a este servicio, y por lo tanto aplicables al caso concreto.
- En diciembre de 2012, para la expedición del Decreto 564 de 2012, el manejo del Relleno Sanitario Doña Juana era especialmente crítico y exigía de las autoridades distritales garantizar que no se afectara su limitada capacidad de disposición.

RESOLUCIÓN NÚMERO 5 3 7 8 8 DE 2014 Hoja N°. 22

*“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”*

Radicación No. 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

- HENRY ROMERO TRUJILLO jamás tuvo participación en el estudio o trámite de solicitudes de facturación conjunta presentadas por los operadores, ni en su aprobación o negación.
- Los argumentos de la SIC relacionados con la adopción por parte del DISTRITO de un esquema ilegal que restringió la libre competencia en el servicio de aseo carecen de toda validez, en tanto que diferentes sentencias de Juzgados Administrativos han determinado la legalidad tanto del Contrato Interadministrativo 17 de 2012, como del Decreto 564 de 2012.
- Para la UAESP siempre fue claro que desde septiembre de 2011, cuando terminaron los 4 contratos de concesión 2003-2011, la ciudad se encontraba en régimen de libre competencia mientras no se adjudicara la nueva licitación de ASEs, por lo cual en los contratos sept/2011-marzo /12; marzo diciembre 2012 y en el Contrato Interadministrativo 017/12 siempre se pactó que los operadores contratados públicos y privados prestarían el servicio de aseo en las zonas asignadas “sin exclusividad”, es decir, en libre competencia.
- En mayo de 2013, la UAESP (seis meses después del retiro de HENRY ROMERO TRUJILLO) desistió de tramitar la autorización de ASEs porque la CRA, incumpliendo su responsabilidad legal y su compromiso con la Corte Constitucional, nunca expidió la nueva metodología tarifaria que permitiera remunerar la actividad de reciclaje en todas sus fases.
- Es falso que la metodología tarifaria vigente permitiera remunerar el aprovechamiento, pues sólo lo permite como costo evitado de la disposición final (menos del 20% del costo de la actividad), pero no permite remunerar el componente principal de recolección y transporte de los residuos (más del 80% del valor de dicha actividad).
- La SIC sanciona porque no se dio acceso al Relleno Sanitario Doña Juana sin necesidad de un contrato con el respectivo operador, violando de esta manera las normas técnicas de seguridad del relleno sanitario, que reviste la característica de ser un complejo industrial de alta vulnerabilidad dados los peligros de deslizamiento en masa de materiales, incendio, explosión por los gases generados y contaminación de suelo y tierra por lixiviados.
- La SIC recurre a términos imprecisos como “el periodo de los hechos” o “el distrito” para inculpar a los Investigados de conductas y hechos de los cuales no fueron responsables en virtud de sus funciones o del periodo en el cual ejercieron los cargos.
- La SIC imputa conductas y responsabilidades a un ente abstracto e indeterminado como “el distrito”, y luego, la infiere como aplicable a todas las entidades y los funcionarios Investigados.

W







*“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”*

Radicación No. 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

**DÉCIMO PRIMERO:** Que de conformidad con lo establecido en el artículo 79 del Código Contencioso de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011, los recursos de reposición deben resolverse de plano, salvo que al interponerlos se haya solicitado la práctica de pruebas, o que el funcionario considere necesario decretar pruebas de oficio.

En el presente caso, HENRY ROMERO TRUJILLO y ALBERTO MERLANO ALCOCER aportaron documentos junto con sus recursos de reposición, los cuales, realizado el análisis de pertinencia y conducencia, este Despacho encontró procedente decretar. De igual forma, el Despacho consideró pertinente, conducente y útil, decretar de oficio pruebas dirigidas a verificar algunos hechos expuestos en los recursos de reposición.

En virtud de lo anterior, mediante la Resolución No. 41932 del 3 de julio de 2014, este Despacho decretó las pruebas documentales aportadas con los recursos de reposición, y decretó de oficio la práctica de algunas pruebas en el marco del trámite del recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 25036 de 21 de abril de 2014.

**DÉCIMO SEGUNDO:** Que de conformidad con el artículo 80 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, este Despacho procede a resolver los recursos de reposición interpuestos por los Investigados, contestando los argumentos presentados.

De los recursos presentados por los Investigados, este Despacho identificó la existencia de argumentos comunes frente a las consideraciones expuestas en la Resolución recurrida, razón por la cual los mismos se contestarán de forma agrupada.

### **12.1. Argumentos relacionados con que la conducta se dio en cumplimiento de las órdenes de la Corte Constitucional**

Un argumento que ha sido esbozado de forma reiterada por los Investigados, y que nuevamente se presenta en el recurso de reposición, es aquel según el cual la Corte Constitucional otorgó a los Investigados y el DISTRITO plena discrecionalidad para implementar el esquema de recolección de basuras que quisieran, incluso si el mismo no estaba acorde con la Ley 142 de 1994. Así, para los recurrentes la Corte dio una licencia para que ellos implementaran el esquema de prestación de servicios públicos que consideraran más adecuado, sin que el mismo tuviese límites en las normas legales y constitucionales que establecen que los servicios públicos se rigen por el principio de libre concurrencia.

En línea con esta concepción, los impugnantes señalaron que la Resolución No. 25036 de 2014 ilegítimamente trata de limitar el ámbito discrecional que la Corte Constitucional le dio al DISTRITO para implementar las acciones afirmativas para la inclusión de la población recicladora en el esquema de prestación del servicio público de aseo y complementarios. En este sentido, manifestaron que la Corte ordenó al DISTRITO la inclusión de la población recicladora, otorgándole plena discrecionalidad para que, de acuerdo con sus funciones, atendiera a cabalidad dicha orden.

RESOLUCIÓN NÚMERO 5 3 7 8 8 DE 2014 Hoja N°. 27

*“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”*

Radicación No. 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

Como se anotó, estos argumentos han sido presentados de forma reiterada por los impugnantes durante la investigación, sin que en el recurso de reposición se esbochen nuevos argumentos para soportarlo. Por esta razón, este Despacho reiterará los argumentos incluidos en la Resolución No. 25036 de 2014, con los cuales demuestra plenamente que no obstante la Corte Constitucional ordenó al DISTRITO implementar las acciones afirmativas para incluir a la población recicladora en el servicio de aseo en Bogotá, en ningún momento ordenó, recomendó o autorizó la adopción de un nuevo esquema de prestación del servicio de aseo que estuviese en contra de las normas que rigen la prestación de dichos servicios.

Es más, como bien se señaló en la Resolución recurrida y se reitera en párrafos posteriores, la propia Corte Constitucional reconoce de forma expresa que el esquema de prestación del servicio de aseo que rige en Bogotá desde que las ASE perdieron vigencia es el de **libre competencia**. Así mismo, en las órdenes que la Corte da al DISTRITO para que adopte acciones afirmativas en favor de la población recicladora, establece, con meridiana claridad, que las acciones que se establezcan deben implementarse **a través del esquema de libre competencia u otro “legalmente posible”**.

Así, para este Despacho es claro que la Corte en ningún momento otorgó una licencia al DISTRITO para que implementara el esquema de recolección de basuras que quisiera, incluso si el mismo estaba en contra del modelo constitucional y legal adoptado en la Constitución de 1991 y la Ley 142 de 1994, razón por la cual no es procedente que los Investigados se amparen en la orden de la Corte para actuar de forma ilegal.

En tal virtud, para este Despacho es claro que las órdenes de la Corte Constitucional no pueden entenderse como un justificante para desconocer las normas legales, especialmente las establecidas en la Ley 142 de 1994, sobre la prestación de servicios públicos en Colombia. Se reitera que la propia Corte dice que el DISTRITO puede escoger el esquema de prestación del servicio público que considere pertinente, pero dentro del marco legal que rige la prestación de servicios públicos en Colombia.

Nótese cómo las afirmaciones de la Corte dejan claro el régimen legal aplicable a la prestación del servicio público de aseo en Colombia, sin que sea viable afirmar, como señalan los recurrentes, que la Superintendencia de Industria y Comercio quiere imponer de forma caprichosa un esquema que es -en su opinión- ineficiente, y que, según su dicho, “mercantiliza” la prestación de los servicios públicos. Este Despacho reitera que el esquema de libre competencia y libertad de entrada en la prestación de los servicios públicos fue establecido por la Constitución y la Ley 142, y no por la Superintendencia. Así, a esta Entidad no le corresponde definir el esquema de prestación de los servicios públicos -como tampoco le corresponde a los Investigados-, sino que le corresponde aplicar el régimen establecido en la Constitución y la ley, en su calidad de Autoridad Nacional de Protección de la Competencia.

Para sustentar las anteriores afirmaciones, a continuación este Despacho cita los acápites pertinentes de las consideraciones plasmadas en la Resolución recurrida en lo relacionado con la interpretación de las órdenes que la Corte Constitucional dio en las diferentes providencias que abordaron el tema. Como se verá, el análisis que se presenta

RESOLUCIÓN NÚMERO                     - 5 3 7 8 8                     DE 2014 Hoja N°. 28

*“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”*

Radicación No. 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

a continuación desvirtúa plenamente el decir de los recurrentes en cuanto a que la Corte Constitucional dio vía libre al DISTRITO y a los Investigados para implementar un esquema contrario al régimen de la Ley 142 de 1994:

*“(…) 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”. (Negritas fuera de texto)*

*(…)*

*“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*

*“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”*

Radicación No. 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

**partir de las herramientas previstas en la Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y 142 de 1994...**. (Negritas fuera del texto)

*En términos generales la Corte indicó que las acciones afirmativas que se implementaran deberían materializarse a través de condiciones establecidas en los 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”.*  
(Negritas fuera del texto)

*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”.* (Negritas fuera del texto)

*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.*

*(...)*

*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**.* (Negritas fuera del texto)

*Esto se deduce cuando indica:*

*“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”*

Radicación No. 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

*“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.** (Negrita fuera de texto)*

*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**”.* (Negrita fuera de texto)

(...)

*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 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

W

*“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”*

Radicación No. 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

*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. (Negrillas fuera del texto original).*

*En este sentido, cuando la Corte en el artículo séptimo del decisum 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”<sup>7</sup>.*

Visto lo anterior, este Despacho rechazará estos argumentos, reiterando que la discrecionalidad otorgada por la Corte Constitucional al DISTRITO para implementar las acciones afirmativas en favor de la inclusión de la población recicladora de ninguna forma implicaba el desconocimiento de las normas que rigen la prestación de los servicios públicos en Colombia, en especial la Ley 142 de 1994. Es más, la propia Corte Constitucional señaló en el Auto 275 de 2011 que las medidas afirmativas de inclusión

<sup>7</sup> Páginas 135 a 142 del Informe Motivado.

W

*“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”*

Radicación No. 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

de la población recicladora debían ser implementadas de acuerdo con **“el esquema de libre competencia u otro legalmente posible”**, lo cual hacía forzoso que el cumplimiento de la orden de la Corte Constitucional se hiciera mediante el esquema que el DISTRITO considerara pertinente, pero en todo caso respetando el régimen legal de prestación de servicios públicos.

También serán rechazados los argumentos de los recurrentes relacionados con que la SIC no tuvo en cuenta las actuaciones de la UAESP dirigidas a la formalización de la fuerza laboral recicladora. Lo anterior, en la medida en que la incorporación de esta población al sistema no es un elemento para excluir la responsabilidad administrativa en materia de libre competencia por la elección de un sistema que es contrario al régimen legal.

## **12.2. Argumentos relacionados con que la conducta investigada no resultó en la exclusión de los competidores en el mercado**

Los Investigados manifestaron que los operadores privados no resultaron excluidos del mercado, en tanto que LIME, ASEO CAPITAL y CIUDAD LIMPIA actualmente continúan participando en el servicio público de aseo en Bogotá, en virtud de los contratos de operación que voluntariamente suscribieron en diciembre de 2012. Respecto de ATESA, afirmaron que dicho operador no fue excluido del mercado, sino que se retiró “voluntariamente” para dedicarse a la actividad de recolección de residuos dirigida exclusivamente a grandes generadores. Así, para los Investigados la conducta no tuvo efectos sobre la competencia o la libre entrada al mercado, razón por la cual la SIC no podía sancionar la implementación del nuevo esquema de recolección de basuras en Bogotá como una práctica restrictiva de la competencia.

Frente a este argumento, el Despacho considera que tal y como se demostró durante la investigación, y conforme a las pruebas que se citarán en párrafos subsiguientes, es claro que con la implementación del nuevo esquema del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá se erigieron barreras de acceso al mercado de prestación del servicio de aseo en Bogotá, que derivaron en la obstrucción de agentes económicos interesados en la prestación del mismo y en la exclusión de los prestadores que ya se encontraban establecidos, como ocurrió en el caso de ATESA expuesto en la Resolución 25036 de 2014. Así, la conducta de los Investigados no solamente tuvo **por objeto** la exclusión de los competidores y el apoderamiento por parte del DISTRITO del servicio de recolección de basuras (cuestión de por sí sancionable), a través de los entes Investigados, sino que adicionalmente tuvo **por efecto** la marginalización de algunos competidores, y la exclusión efectiva de otros.

Para el Despacho es evidente que la conducta de los Investigados afectó gravemente la libre concurrencia de agentes al mercado, tanto en el caso de los operadores que se encontraban desarrollando la actividad de prestación del servicio público de aseo en Bogotá para la época de los hechos, como en el caso de cualquier potencial entrante.

Ciertamente, mediante el establecimiento de la EAB como único agente **prestador** del servicio de aseo en Bogotá, el requerimiento de una autorización de la UAESP para que competidores pudieran concurrir al mercado, así como con la denegación a los

W

*“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”*

Radicación No. 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

competidores del acceso al sitio de disposición final y a los convenios de facturación conjunta -elementos absolutamente necesarios para el ejercicio de la actividad-, los Investigados interfirieron con el ejercicio de la libre competencia, obstaculizando y/o impidiendo que los operadores privados pudiesen continuar con la prestación del servicio, o que los potenciales entrantes iniciaran el despliegue de estrategias comerciales para conquistar a los usuarios de la ciudad.

Al requerir que quienes desearan prestar el servicio de aseo en la ciudad de Bogotá obtuvieran autorización de la UAESP para tal efecto, los Investigados contrariaron la norma constitucional (Artículo 365) que establece que *“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. (...)”* (Subrayas fuera de texto). Así mismo, contrariaron el régimen legal de servicios públicos, que establece que un municipio sólo podrá prestar de forma directa y exclusiva un servicio público cuando ninguna compañía esté dispuesta a prestarlo en libre competencia (Artículo 6 Ley 142 de 1994).

Debe recordarse -como ampliamente se explicó en la Resolución recurrida-, que la Constitución Política de Colombia establece como modelo la libre concurrencia en la prestación de los servicios públicos, por supuesto respetando las normas regulatorias que establezca la SSPD, la CRA, y demás entidades de regulación competentes. Tan es cierto esto que la propia Constitución establece en el artículo 365 que *“[s]i 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 fuera de texto)

En otras palabras, según la norma constitucional es claro que la prestación de los servicios públicos no está reservada al Estado, y que en aquellos casos en que éste quiera reservarse dicha actividad (como en el caso de Bogotá lo pretendieron y ejecutaron los Investigados), sólo podría hacerse mediante Ley aprobada por el Congreso, indemnizando plenamente a las personas que en virtud de dicha ley quedarán privadas del ejercicio de una actividad lícita.

En el presente caso los Investigados, a la sombra del Distrito de Bogotá, pretendieron reservarse para sí la prestación de un servicio público, en contravía con el principio de libre concurrencia establecido en el artículo 365 de la Constitución y en la Ley 142, y sin que mediara una Ley en los términos establecidos constitucionalmente.

Como se señaló en la Resolución 25036 de 2014, existen pruebas fehacientes de que la conducta desplegada por la EAB, la UAESP y AGUAS DE BOGOTÁ, resultó en la exclusión del mercado, -parcial en algunos casos y total en otros-, de agentes que venían prestando el servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá. Así, por ejemplo ATESA se vio excluido totalmente del mercado en el mediano plazo, al tiempo que LIME y ASEO CAPITAL perdieron la calidad de **prestadores** del servicio público de aseo (cuestión a la cual tienen derecho según la Constitución y la Ley), y pasaron a ser simples operadores

W

*“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”*

Radicación No. 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

dependientes de un prestador que es la EAB, quien de forma **discrecional** decide si contrata con ellos o no. Nótese como en este último evento los contratos limitaron la participación de LIME y ASEO CAPITAL a la de simples operadores -no prestadores- contratados para adelantar las actividades de operación del servicio de aseo en el territorio otorgado a la EAB, que es el único prestador del servicio en la ciudad de Bogotá, con excepción de una zona 6 que fue otorgada a CIUDAD LIMPIA.

De acuerdo con lo anterior, el argumento de los Investigados según el cual las conductas por las que fueron sancionados no tuvieron como efecto la exclusión de los competidores del mercado, en razón a que en la actualidad se encuentran participando en la prestación del servicio, debe ser rechazado, pues contrario a estas afirmaciones, la evidencia obrante, tal y como se explicó en la Resolución recurrida, da cuenta de que los otrora prestadores, salvo CIUDAD LIMPIA, se vieron excluidos del mercado totalmente, como es el caso de ATESA, y en el mejor de los casos perdieron la calidad de prestadores del servicio público, y son simples operadores de la EAB, quien los contrata discrecionalmente y hasta cuando así lo disponga unilateralmente.

**Nótese como en este último caso la EAB y la UAESP se reservaron el derecho de decidir quiénes pueden ser prestadores del servicio público de aseo, cuando la Constitución y la Ley son claras en decir que éste es un mercado en el que pueden concurrir actores públicos o privados sin más limitaciones que las que les establezcan las leyes y las regulaciones (en este caso de la SSPD, la CRA, y otras autoridades competentes).** Así, el simple hecho de haber limitado la libre concurrencia de LIME y ASEO CAPITAL en calidad de operadores ya de por sí constituye una infracción al régimen de libre competencia, sin olvidar la mucho más grave conducta de exclusión total del mercado de ATESA.

Para el Despacho es claro que los contratos de **operación** celebrados con la UAESP limitaron el libre ejercicio de la competencia de los operadores que ya se encontraban en el mercado, comoquiera que eliminaron su derecho a desarrollar la gestión comercial y financiera del servicio de aseo de forma libre y sin más requisitos que los que establece la Ley, limitándose así la posibilidad de tener una relación directa con los usuarios.

En efecto, la misma EAB ha sostenido que los contratos realizados en diciembre de 2012 no le otorgan a los operadores privados que los suscribieron la calidad de prestadores del servicio público de aseo, sino que simplemente fueron contratados a título de operadores, sin vínculo con los usuarios. En este sentido, la EAB manifestó lo siguiente respecto de la contratación con LIME:

*“[e]s necesario aclarar que la UAESP y la firma LIMPIEZA METROPOLITANA LIME S.A.ESP., suscribieron el 19 de noviembre (sic) de 2012 el Contrato de Operación No. 261 para la operación del servicio de aseo en la zona 1 que comprende las localidades de Suba y Usaquén del Distrito Capital. Nótese que **este contrato no es un contrato de prestación de servicio de aseo sino que es un contrato celebrado para que la aludida firma adelante las actividades de operación del servicio de aseo,** por lo que este contrato no reúne las exigencias del artículo 13 del mencionado Decreto 564 por lo que hasta tanto LIME ostente la calidad de prestador del servicio con ocasión de un*

*"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"*

Radicación No. 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

**contrato suscrito con el Distrito Capital, la EAAB-ESP., puede proceder a la celebración del convenio de facturación conjunta.**<sup>8</sup> (Negrilla fuera de texto)

Nótese que, tal y como lo afirma la misma EAB, los contratos suscritos con LIME y ASEO CAPITAL les despojaron de su calidad de prestadores del servicio de aseo, para que pasaran a ostentar la calidad de meros operadores del servicio de un prestador que es la EAB, lo cual comportó diversas dificultades para dichas empresas, tales como la imposibilidad de acceder a convenios de facturación conjunta y, más importante aún, la posibilidad de ser prestadores del servicio tal y como lo establece el artículo 365 de la Constitución Política de Colombia y la propia Ley 142 de 1994 que regula la materia.

En línea con lo anterior, la marcada diferencia entre prestadores y operadores del servicio de aseo en Bogotá fue expuesta por los Investigados en los siguientes términos:

*"Al respecto se informa que las siguientes empresas tienen la condición de prestadoras del servicio público de aseo en Bogotá D.C.:*

- Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, EAAB.
- Ciudad Limpia Bogotá S.A. E.S.P.

*Por otra parte tiene (sic) la calidad de operadores del servicio público de aseo, las siguientes empresas:*

- Consorcio Aseo Capital S.A. E.S.P.
- Limpieza Metropolitana S.A. E.S.P. -LIME
- Aguas de Bogotá S.A. E.S.P.

*La diferencia entre las empresas relacionadas con anterioridad radica en que la EAAB y Ciudad Limpia Bogotá SA ESP, fungen como entidades tarifarias locales mientras que Aguas de Bogotá E.S.P. Consorcio Aseo Capital SA ESP y Limpieza Metropolitana SA ESP no tienen esta calidad, respecto a la responsabilidad de garantizar la prestación del servicio de aseo en la capital, tanto las empresas prestadoras como las operadoras, la tienen en los términos establecidos en los contratos suscritos con la UAESP o con la EAAB, en este último caso para el operador Aguas de Bogotá SA ESP.<sup>9</sup>*

En los recursos de reposición, los Investigados manifestaron que los contratos aludidos se suscribieron de mutuo acuerdo entre las partes, y que en ningún momento se impuso la voluntad del equipo negociador del DISTRITO. De hecho, sostuvieron que *"[h]ubo por parte de los operadores privados voluntad de renunciar en los contratos de operación celebrados con la UAESP, respecto de la gestión comercial y financiera del servicio de aseo, especialmente de la facturación por el mismo (...)"*.

Pues bien, contrario a lo afirmado por los Investigados, y de conformidad con las afirmaciones de los propios afectados, la renuncia a la calidad de prestador del servicio

<sup>8</sup> Recurso de reposición interpuesto por la EAB en contra de la Resolución CRA 631 de 2013, obrante a folios 5667 a 5674 del Cuaderno Público No. 27 del Expediente.

<sup>9</sup> Comunicación de la UAESP del 17 de octubre de 2013, obrante a folios 6066 a 6067 del Cuaderno Público No. 29 del Expediente.

*“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”*

Radicación No. 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

de aseo que comportaba la suscripción de los contratos de operación, no se trató de una determinación de LIME y ASEO CAPITAL producto del libre ejercicio de la libertad de empresa, sino que su celebración fue impuesta como consecuencia de la coyuntura del 18 de diciembre de 2012 cuando inició el nuevo modelo de aseo y de la **posibilidad de verse excluidos del mercado**. Al respecto LIME señaló lo siguiente:

*“Sabido es y de conocimiento público y especialmente por parte de la CRA, la difícil coyuntura ocurrida en la ciudad de Bogotá el pasado 18 de Diciembre de 2012, cuando se restringió por la administración Distrital la prestación del servicio de aseo en libre competencia por empresas como LIME S.A. E.S.P., asignándosele dicha prestación con exclusividad a la EAAB, y generándose la caótica situación que fue sufrida por todos los capitalinos, en virtud de la cual, y **ante la prohibición del desarrollo y ejercicio del objeto social de LIME por parte de la administración Distrital, el riesgo inminente de cierre y de quiebra de la empresa por no poder desarrollar su actividad económica principal, consistente en la prestación del servicio de Aseo en la ciudad de Bogotá, mi representada se vio obligada a suscribir el contrato impuesto por la UAESP, hoy contrato de Operación No. 261 de 2012,** como único salvavidas posible para evitar la desaparición de la empresa, que de no aceptar tales condiciones se viera avocada al cierre definitivo, con los graves efectos y perjuicios que ella comportaría tanto para la empresa como para sus trabajadores, proveedores y vinculados.*

*En estas condiciones se celebró el Contrato de Operación en mención, donde **se impuso por la UAESP y la EAAB, la limitación de la realización de actividades comerciales del servicio, tales como la facturación, sin que ello comportara en forma alguna, renuncia de LIME S.A. E.S.P. a su legítimo derecho al ejercicio competitivo en la prestación del servicio público de Aseo,** pues es claro que el servicio de facturación conjunta, regulado como se encuentra, hace parte de las garantías del ejercido (sic) de la libre y leal competencia económica y es un mecanismo contingente frente a prácticas comerciales restrictivas o de abuso de posición dominante, claramente ejercida por el Distrito y la EAAB frente a LIME S.A. E.S.P. con motivo de la expedición del Decreto 564 de 2012 y demás normativa tendiente a monopolizar el servicio en cabeza de la administración y la EAAB, y la posterior suscripción, bajo situaciones de presión ya descritas, del Contrato de Operación No. 261 de 2012.”<sup>10</sup> (Negrilla fuera de texto)*

Como puede observarse, la conducta desplegada por los Investigados de no respetar el principio de libre concurrencia al mercado de prestación del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá, llevó a que varias empresas perdieran la calidad de prestadores, y pasaran a ser operadores, como única alternativa para no verse excluidas totalmente del mismo (por lo menos mientras la UAESP quiera mantenerles el contrato, según su libre albedrío).

De otra parte, los recurrentes manifiestan sin soporte válido alguno que ATESA decidió retirarse voluntariamente del mercado de prestación del servicio de aseo que venía realizando conforme a los contratos de concesión suscritos desde el 2003, en razón a que resultaba más conveniente para ellos dedicarse exclusivamente a la recolección dirigida a los grandes generadores.

<sup>10</sup> Resolución CRA 648 de 2013, por la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto por la EAB en contra de la Resolución CRA 631 de 2013. 05675 a 5689 del Cuaderno Público No. 27 del Expediente.

5 3 7 8 8

RESOLUCIÓN NÚMERO \_\_\_\_\_ DE 2014 Hoja N°. 37

*“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”*

Radicación No. 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

Al respecto, este Despacho debe pronunciarse en el sentido que dicho argumento únicamente se encuentra fundamentado en las afirmaciones de los recurrentes, al paso que de una revisión de los medios de prueba obrantes en el expediente no se encuentra referencia alguna que soporte estas alegaciones. Por el contrario, en el expediente obran numerosas evidencias que dan cuenta de la firme intención de ATESA de continuar con la prestación del servicio de aseo en Bogotá en las condiciones en que lo venía prestando, así como de su preocupación respecto a que las acciones de los Investigados resultaran en limitaciones a su desempeño como prestador del servicio.

En efecto, mediante comunicaciones del 17 de diciembre de 2013 de ATESA a la EAB y la UAESP, con copia a la Procuraduría General de la Nación, la SSPD y la SIC (obrantes en el expediente a folios 3055 a 3057 del Cuaderno Público No. 15), ATESA solicita que se le indiquen cuáles son las condiciones y trámites que deben agotarse a efectos de acceder a los convenios de facturación conjunta y al Relleno Sanitario Doña Juana.

Lo anterior evidencia que ATESA estaba dispuesta a continuar participando en el mercado, cuestión que en últimas no fue posible a causa de las conductas realizadas por los Investigados, que estaban del todo alejadas de permitir que las empresas concurrieran en condiciones de libertad al mercado, conforme lo establecen la Constitución y la Ley.

Si ATESA había decidido voluntariamente renunciar a la prestación del servicio de aseo a los usuarios correspondientes a las zonas concesionadas desde el año 2003, o tenía proyectado hacerlo, resulta contradictorio que ante las acciones del DISTRITO para imponer obstáculos a los convenios de facturación conjunta, solicite formalmente a la EAB los requisitos para acceder a ella, llamando la atención de los entes de control sobre dicha situación. **Esto sin olvidar que la propia ATESA interpuso quejas frente a los diversos entes de control por la conducta obstructiva de la competencia implementada por el DISTRITO, cuestión que, a todas luces, contradice la afirmación de los Investigados respecto de la salida voluntaria de ATESA.**

Ahora bien, incluso si se probara que ATESA salió del mercado voluntariamente porque el mismo ya no le resultaba rentable o atractivo, este hecho ratificaría los efectos anticompetitivos que tuvo la conducta de los Investigados, en la medida en que, al haberse estas abrogado *de facto* la prestación del servicio público de aseo, y al haber ejecutado conductas para lograr la artificial **adquisición de participación de la EAB sin ningún mérito competitivo**, lo que hicieron fue incentivar la salida de competidores que, ausentes dichas conductas contrarias al régimen de libre competencia, hubiesen considerado rentable continuar en el mercado en condiciones de igualdad y neutralidad competitiva.

Así entonces, considera este Despacho que en contradicción a la evidencia obrante en el expediente, los Investigados manifestaron en el recurso de reposición -refiriéndose a los empresarios de aseo de Bogotá-, que *“la idea no era sacarlos sino competir”*. Nótese que de acuerdo con lo expuesto anteriormente es a todas luces contradictorio que los Investigados afirmen que su intención era competir con los agentes presentes en el mercado, cuando en la realidad su conducta fue obstruir el derecho de éstos al ejercicio de libre empresa mediante las conductas descritas en la resolución de sanción, lo cual

W



*“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”*

Radicación No. 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

(...)

*De lo anterior resulta claro que, en virtud de las implicaciones sanitarias y ambientales que se pueden derivar de la no prestación efectiva y continua del servicio de aseo, los ciudadanos deben contar con dicho servicio y para el efecto estar vinculados en todo momento con un prestador a través del respectivo contrato o convertirse en productores marginales.*

*Esta es una premisa fundamental e inmodificable, sea cual sea el esquema de prestación del servicio.*

*La terminación de los contratos del servicio público de aseo se puede dar en las siguientes circunstancias:*

*En un escenario de libertad de competencia:*

- Por solicitud del usuario para cambio de prestador, presentando constancia de disponibilidad del nuevo prestador para atenderlo y habiendo cumplido con los términos mínimos de permanencia.*
- Cuando el usuario se convierta en productor marginal, previa autorización de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. Esta entidad procederá a la autorización si concluye que la alternativa propuesta no afecta los intereses de la comunidad.*

*En un escenario de Áreas de Servicio Exclusivo:*

- Cuando el actual concesionario sea remplazado por otro prestador en dicha área de servicio exclusivo en virtud de una nueva licitación.*

*Para el caso particular de la prestación del servicio de aseo en el Distrito Capital se tienen los siguientes aspectos a considerar:*

- En virtud de la Licitación 001 de 2002, el Distrito Capital asignó seis Áreas de Servicio Exclusivo en la ciudad a distintos prestadores como concesionarios.*

*El 15 de septiembre de 2011 terminó el plazo establecido para las Áreas de Servicio Exclusivo, así como para los contratos de concesión vigentes para dichas áreas, sin que se hubiera podido realizar una nueva licitación y, por consiguiente, sin que se hubieran asignado nuevamente Áreas de Servicio Exclusivo.*

- A partir del 16 de septiembre de 2011 y hasta el 17 de diciembre de 2012, el Distrito, amparado en declaratorias de emergencia, ha entregado la concesión del servicio a los antiguos concesionarios, en las mismas áreas que atendieron durante la concesión original, pero sin pactar cláusulas de exclusividad.*
- El 18 de diciembre de 2012 terminan los contratos de concesión anteriormente referidos, a menos que las partes acuerden la extensión de su término de vigencia.*

**En virtud de lo expuesto se tiene que en Bogotá hubo una transición de esquema de Áreas de Servicio Exclusivo a un esquema de libertad de competencia. Ello es así, a pesar de la existencia de los contratos de concesión posteriores al 15 de septiembre**

*HW*

*“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”*

Radicación No. 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

de 2011 (que no tienen cláusula de exclusividad); por tanto, desde el mismo 16 de septiembre de 2011, **los usuarios se encuentran en libertad de escoger el prestador disponible.**

Ahora bien, **los contratos de servicios públicos creados con ocasión de la concesión de áreas de servicio exclusivo, no terminan con la extinción de dicha concesión,** puesto que el artículo 16 de la Ley 142 de 1994 impone la obligación de que el usuario siga vinculado con un prestador que le atienda de manera efectiva. Esta ha sido la situación hasta la fecha.

**Así pues, en la actualidad, los antiguos concesionarios de la Licitación 001 de 2002 son, en conjunto con sus usuarios, los titulares de los contratos de servicios públicos que han venido siendo desarrollados desde el año 2003, exceptuando, claro, todos aquellos contratos que hubieran terminado desde el 16 de septiembre de 2011, en virtud del trámite de cambio de comercializador surtido por los usuarios o del trámite exitoso que estos hayan adelantado para convertirse en productores marginales.** (Negrilla fuera de texto)

Como puede observarse, no son ciertos los argumentos de los impugnantes según los cuales la exclusión y/o limitación de la libertad de empresa que enfrentaron los competidores del mercado se produjo como consecuencia de una iniciativa voluntaria por parte de ellos, en tanto fueron los Investigados quienes realizaron las conductas que condujeron a la exclusión y/o limitación de la libertad de empresa de quienes se encontraban desarrollando su actividad en el mercado.

Nótese como el cambio de prestador del servicio en los usuarios no se debió a su libre escogencia, como debió ser, o a la asignación de una nueva área de servicio exclusivo, sino a una conducta de facto de los Investigados que, sin ningún sustento legal en las normas constitucionales y legales que rigen la prestación de los servicios públicos en Colombia, se abrogaron la prestación del servicio de forma exclusiva. Así, los Investigados procedieron a romper los contratos que tenían vigentes los usuarios con quienes previamente estaban prestando el servicio, rompimiento que no se debió a la voluntad libre del usuario o del prestador, sino a la conducta arbitraria realizada por los Investigados.

Así mismo, se demostró que los Investigados excluyeron y/o limitaron la libertad de empresa de los competidores que se encontraban desarrollando su actividad en el mercado, en la medida en que se adjudicaron a la EAB los usuarios que tenían relación contractual con dichos agentes, hechos que fueron plenamente probados en la Resolución sancionatoria y frente a los cuales no existe debate frente a su ocurrencia.

Por las anteriores razones, los argumentos expuestos en este sentido resultan absolutamente improcedentes, y por lo tanto serán rechazados. Está probado que la conducta de los Investigados era tendiente a limitar la libre competencia, en cuanto su objeto era excluir competidores del mercado y evitar nuevos entrantes, y su efecto fue precisamente ese, al dejarse como operadores del servicio a algunos de los prestadores anteriores, y excluyendo a ATESA del mercado.

*“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”*

Radicación No. 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

### **12.3. Argumentos relacionados con que la conducta investigada se dio porque la CRA no ha expedido una nueva metodología tarifaria**

Al igual que en las observaciones al Informe Motivado, en el recurso de reposición los Investigados insisten en que la inexistencia de una nueva Resolución de tarifas que debería expedir la CRA, y que permitiera la remuneración de los recicladores, ha dificultado la construcción del modelo de operación que permita presentar la verificación de motivos para implementar un modelo de ASEs ante la CRA. De esta forma, -según los Investigados- el haber implementado un esquema transitorio mientras que la CRA expedía la resolución de tarifas hace que el mismo no resulte violatorio del régimen legal colombiano sobre prestación de servicios públicos.

Según los Investigados, el esquema de prestación del servicio por parte de la EAB con exclusión de los competidores que se encontraban en el mercado -ya fuese mediante la marginalización a operadores o mediante su exclusión total, como es el caso de ATESA-, era transitorio y no permanente. Al ser el esquema “transitorio”, no podía incurrirse en una violación al régimen de libre competencia.

Previo a señalar los argumentos por los cuales la afirmación de los Investigados es absolutamente improcedente, este Despacho debe anotar que: i) resulta sorprendente que se afirme que el esquema que se quería implementar era transitorio, cuando en diversos debates en el Congreso de la República (citados en la Resolución de sanción), medios de comunicación, y durante todo el proceso de diseño e implementación del esquema de recolección de aseo imperante en la actualidad, los funcionarios sancionados señalaron de forma inequívoca que el objeto del nuevo esquema de recolección de basura era que un operador público concentrara el 100% del servicio, excluyendo a los operadores que para ese momento se encontraban en el mercado; ii) en múltiples ocasiones, incluyendo debates en el Congreso, el Alcalde GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO manifestó que en Bogotá no regía la libre competencia para la prestación del servicio de aseo, por lo cual estaba autorizado para estatizar el servicio; y iii) en ningún momento se manifestó que el esquema sería transitorio, cuestión que sólo se hizo cuando la SIC realizó imputaciones a las diversas Entidades y personas naturales por la presunta violación del régimen de competencia con la implementación de un nuevo esquema de recolección de basuras en la ciudad de Bogotá.

Para confirmar cómo la razón de la implementación de un nuevo esquema no era el hecho de que la CRA no había expedido una metodología para remunerar el reciclaje, este Despacho considera pertinente citar lo dicho por DIEGO FERNANDO BRAVO BORDA en el debate de control político que se realizó el 11 de noviembre de 2012 ante la Comisión Sexta del Senado de la República, un mes y siete días antes de implementar el nuevo esquema. 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*

*“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”*

Radicación No. 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

*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 menores 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 cobertura de la población de menores ingresos bajo el régimen de Libre Competencia, **por eso procede a autorizar a la ciudad a constituir el monopolio público** que garantice que esa cobertura se extienda a la población de menores ingresos (...)

*Aquí estamos en un caso excepcional analizado desde el punto de vista particular, ese caso está marcado por una decisión del máximo Tribunal de lo Constitucional, el Alcalde hace 8 días hizo referencia a esas órdenes que impartió la Corte, yo creo que es pertinente volverlo a ver, la Corte imparte dos órdenes centrales, la de ordenarle al Distrito que defina un esquema de metas para cumplir en el corto plazo con el destino de formalización y regularización de la población de recicladores que contenga acciones concretas, cualificadas, medibles y verificables, y que debe ser entregado tanto a la Procuraduría como a la propia Corte antes del 31 de marzo (...)*

*Creo que podemos ver que **esto no se resuelve con la Libre Competencia**, las consecuencias que tienen que asumir que hay Libre Competencia son realmente dramáticas para la ciudad (...) **Tienen ustedes la seguridad de que la ciudad no va a aceptar (...) y así mismo quiere que lo trasmita el Alcalde, no está dispuesto a aceptar la inevitabilidad de la libre competencia que lo lleve a la condición de imposibilidad total de evitarle esas consecuencias negativas a la ciudad, aquí nosotros consideramos que no hay libre competencia, el Alcalde ya ha actuado, ya ha declarado que está dispuesto a actuar para evitar el desorden. Nosotros mientras eso se considere una actividad regular, como lo sería, no vamos a recaudarle las tarifas a otros prestadores y vamos a pedirle a todos aquellos que eventualmente pudieron hacerlo que tomen en cuenta que a nuestro juicio esa sería una actividad irregular y no puede ser recaudadas esa tarifas, la UAESP no autorizará que se haga disposición final en Doña Juana, ya no se recibirá residuos que hayan sido recolectados, transportados de una manera irregular, esas son acciones que ya anuncia el Alcalde para asegurar la paz, el orden público, la tranquilidad, la salubridad, por encima de discusiones, nosotros no estamos para eso en este momento**<sup>12</sup> (se resalta).*

<sup>12</sup> DVD contenido en el folio 2212 del Cuaderno Público No. 11 del Expediente. Intervención de DIEGO FERNANDO BRAVO BORDA, a partir de la hora (1:48:02).

FW

RESOLUCIÓN NÚMERO     - 5 3 7 8 8     DE 2014 Hoja N°. 43

*“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”*

Radicación No. 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

Por su parte, GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO, manifestó lo siguiente ante el Senado de la República el 19 de febrero de 2013:

*“(...) [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** (...)”<sup>13</sup>.*

**Además de lo anterior (que de suyo muestra que el esquema implementado estaba lejos de ser transitorio), este Despacho reitera las consideraciones expuestas en la Resolución 25036 de 2014, en el sentido de 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 a la espera de la expedición de la nueva metodología por parte de la CRA, máxime si se tiene en cuenta que, tal y como se advirtió en la decisión impugnada, esa no era la única posibilidad que tenían los Investigados para acatar las órdenes impartidas por la Corte Constitucional para la inclusión de la población recicladora. Es importante tener en cuenta que la infracción a una norma jurídica no deja de ser ilegal y reprochable por el hecho de tener un carácter transitorio.**

Frente al argumento de las intervinientes, debe recordarse que 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.** Así, la propia **Entidad técnica** certificó que era perfectamente posible remunerar el aprovechamiento con los instrumentos existentes al momento de planearse e implementarse el nuevo esquema de recolección de basuras en Bogotá, razón por la cual no es cierto que la falta de un esquema de remuneración para dicha actividad fue lo que “obligó” a los Investigados a implementar un esquema contrario a la libre competencia.

Nótese que en la misma comunicación, la CRA agregó que dicha posibilidad de remunerar la actividad 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.<sup>14</sup>

Así, para este Despacho no son de recibo los argumentos de los Investigados según los cuales el nuevo esquema de prestación del servicio de aseo en Bogotá fue implementado en consideración a que la CRA no había establecido para el momento la metodología tarifaria adecuada para incluir y remunerar a los recicladores, comoquiera que está plenamente acreditado en el expediente que la metodología tarifaria actual -y la que regía para el momento de la conducta anticompetitiva- permite remunerar la actividad de aprovechamiento, tal como lo precisa la propia CRA.

<sup>13</sup> Ver: <http://www.youtube.com/watch?v=e1QMItX7FE> (Fecha de consulta: enero 24 de 2014).

<sup>14</sup> Oficio CRA No. 20132110007631. Folio 6477 del Cuaderno Público 31 del Expediente.

W

*“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”*

Radicación No. 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

De esta forma, para este Despacho es claro que el esquema implementado no tenía el carácter de transitorio, cuestión que guarda correspondencia con las múltiples afirmaciones realizadas por GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO y DIEGO BRAVO BORDA en el Congreso de la República y en medios de comunicación, tal y como quedó consignado en la Resolución de sanción. Tampoco es cierto que el nuevo esquema de recolección de basuras tuviese como causa el hecho de que la CRA no hubiese establecido una metodología para remunerar la actividad de reciclaje, y no la firme voluntad de quienes lo implementaron de que las Entidades del Distrito asumieran el 100% de la prestación del servicio.

En el mismo sentido, tampoco son de recibo los argumentos según los cuales la SIC no cuenta con fundamento alguno para sostener que la licitación para las ASEs se puede hacer actualmente sin la metodología que expida la CRA, pues como se explicó en detalle, existe evidencia suficiente en el expediente que permite realizar tal afirmación, como lo es que la propia CRA, **entidad técnica encargada de autorizar el establecimiento de ASEs en Colombia**, hubiese manifestado que con la metodología tarifaria vigente al momento de diseñar e implementar el nuevo esquema de recolección de basuras de Bogotá era posible remunerar la actividad de aprovechamiento.

Sin perjuicio de lo anterior, para este Despacho es claro que existían diversas posibilidades que resultaban viables para que el DISTRITO acatara lo ordenado por la Corte Constitucional, y que no necesariamente requerían de la expedición de una metodología nueva por parte de la CRA. En efecto, además del establecimiento de un esquema de ASEs que tuviera en cuenta a la remuneración e inclusión de la población recicladora, y a manera de ejemplo, debe advertirse que el DISTRITO pudo desplegar acciones afirmativas, dentro del marco de libre competencia, para incluir a la población recicladora a través de las herramientas que le brindaba el Plan de Gestión Integral de los Residuos Sólidos – PGIRS, mediante el cual es posible identificar *“alternativas de manejo en el marco de la Gestión Integral de los Residuos Sólidos con énfasis en programas de separación en la fuente, presentación y almacenamiento, tratamiento, recolección, transporte, aprovechamiento y disposición final”*<sup>15</sup>. Adicionalmente, la CRA

<sup>15</sup> “Artículo 9 del Decreto 1713 de 2002. Contenido básico del Plan de Gestión Integral de Residuos Sólidos. El Plan de Gestión Integral de Residuos Sólidos deberá ser formulado considerando entre otros los siguientes aspectos:

1. Diagnóstico de las condiciones actuales técnicas, financieras, institucionales, ambientales y socioeconómicas de la entidad territorial en relación con la generación y manejo de los residuos producidos.

2. Identificación de alternativas de manejo en el marco de la Gestión Integral de los Residuos Sólidos con énfasis en programas de separación en la fuente, presentación y almacenamiento, tratamiento, recolección, transporte, aprovechamiento y disposición final.

3. Estudios de prefactibilidad de las alternativas propuestas.

4. Identificación y análisis de factibilidad de las mejores alternativas, para su incorporación como parte de los Programas del Plan.

5. Descripción de los programas con los cuales se desarrollará el Plan de Gestión Integral de Residuos Sólidos, que incluye entre otros, las actividades de divulgación, concientización y capacitación, separación en la fuente, recolección, transporte, tratamiento, aprovechamiento y disposición final.

6. Determinación de Objetivos, Metas, Cronograma de Actividades, Presupuestos y responsables institucionales para el desarrollo de los programas que hacen parte del Plan.

W

RESOLUCIÓN NÚMERO 5 3 7 8 8 DE 2014 Hoja N°. 45

*“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”*

Radicación No. 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

ha señalado que también se encuentran disponibles las opciones que comportan la posibilidad de fijar tarifas contractuales en el marco de una licitación por ASEs.

Al respecto, debe advertirse que tal y como se expuso en la Resolución No. 25036 de 2014, el DISTRITO desistió de la solicitud que hiciera ante la CRA para la verificación de motivos que permitieran la inclusión de ASEs en Bogotá, de lo cual se infiere la renuncia a cualquier posibilidad de fijar tarifas contractuales, además de reafirmar que el esquema implementado no tenía el carácter de transitorio.

En cualquier caso, se reitera que incluso si la metodología tarifaria para remunerar el aprovechamiento no existiera, cosa que no es cierta como así lo dejó claro la CRA en su momento, 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, pero ajustándose a las disposiciones legales y constitucionales aplicables. 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.

Como se ha afirmado a lo largo de esta investigación, la implementación de acciones afirmativas de protección a la población recicladora y el respeto al régimen de prestación de servicios públicos domiciliarios establecido en el artículo 365 de la Constitución Política y en la Ley 142 de 1994, **no son excluyentes, sino que son complementarios**, en la medida en que es posible adoptar acciones afirmativas en favor de la población recicladora dentro del marco establecido en la Ley, tal y como lo estableció la propia Corte Constitucional. Los Investigados plantean un falso dilema entre cumplir con la orden de la Corte Constitucional y cumplir con el régimen legal de prestación de los servicios públicos, al afirmar que el cumplimiento de la primera exige el desconocimiento del segundo, cuestión que no es cierta. Como quedó claro en los párrafos anteriores, lo afirmó la propia CRA y lo permiten las normas legales, es perfectamente posible cumplir con la orden de la Corte Constitucional dentro del marco establecido en el artículo 365 de la Constitución Política y la Ley 142 de 1994.

La propia Constitución Política fue sabia en adoptar un esquema de libre concurrencia o entrada en la prestación de los servicios públicos, pero con una fuerte regulación del Estado que estuviese encaminada a proteger los consumidores, garantizar la universalización de los servicios, dignificar a los usuarios y propender por la prestación eficiente del servicio. Así, la Carta Política balanceó el esquema de libre entrada con un sistema de regulación que garantizara los principios de solidaridad, igualdad y dignidad humana, dentro del cual perfectamente pueden ser implementadas acciones afirmativas

*7. Plan de Contingencia.*

*Parágrafo. Adicionado por el Art. 3, Decreto Nacional 1505 de 2003 con el siguiente texto: Parágrafo. En los estudios de prefactibilidad y factibilidad de alternativas para la Gestión Integral de los Residuos Sólidos, las autoridades Distritales y Municipales deberán garantizar la participación e inclusión de los recicladores y del sector solidario en la formulación de dicho Plan.”*

*"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"*

Radicación No. 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

en favor de la población recicladora, en los términos establecidos por la Corte Constitucional.

Nótese que la Constitución no simplemente establece la libre competencia como un derecho colectivo genérico en su artículo 333. La constitución establece expresamente que el principio de libre entrada rige para los servicios públicos, por lo cual es absolutamente errado decir que el principio sí aplica en Colombia, pero no para los servicios públicos. Ahora bien, teniendo en cuenta que dichos servicios tienen una naturaleza especial dentro del estado social de derecho, la Constitución le reservó al Estado, a través de las autoridades competentes (como la SSPD y la CRA), la facultad de controlar y regular su prestación, tal y como se hace actualmente.

En línea con lo anterior, también se rechazará el argumento expuesto en el recurso de reposición según el cual en Bogotá han operado anteriormente modelos excepcionales de recolección de basuras distintos a los consagrados en la Ley 142 de 1994 y no se ha sancionado ni destituido a ningún alcalde por ello. Lo anterior, por cuanto la SIC no es la autoridad competente para determinar la responsabilidad disciplinaria de los funcionarios públicos y por ende no está facultada para pronunciarse sobre su destitución. Pero es más, aún si se tuviese por cierto lo manifestado por los recurrentes respecto a la existencia de prácticas similares anteriores en la ciudad de Bogotá -cosa que no se ha probado-, las mismas no pueden ser óbice para que se pretenda la exoneración de una conducta que efectivamente ha sido probada y sancionada por la SIC.

#### **12.4. Argumentos relacionados con la legalidad del Decreto 564 de 2012**

Los impugnantes señalaron que la SIC realizó un juicio de legalidad del Decreto 564 de 2012, en desarrollo de una función que escapa al ámbito de sus competencias, en la medida en que sostuvo que la supuesta obstrucción del acceso de los competidores al Relleno Sanitario Doña Juana y a los convenios de facturación conjunta, como prácticas restrictivas de la competencia, se plasmaron o cristalizaron en el Decreto 564 de 2012. En tal sentido, los Investigados agregaron que el Decreto 564 no es ni un convenio, ni una práctica o procedimiento restrictivo de la competencia de los que trata el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

En línea con lo anterior, señalaron que la SIC realizó un control de legalidad del Decreto 564 de 2012, pasando por alto que en tres actuaciones independientes, los jueces administrativos han señalado que el modelo transitorio de aseo no vulneraba el principio de libertad de empresa, ni permitía evidenciar vulneración alguna a mandatos constitucionales o legales. En efecto, consideraron que la SIC desconoció que el Juzgado 3º Administrativo indicó que de las conductas de los Investigados no se evidencia infracción a la libre empresa.

Frente a estos argumentos, este Despacho reitera que, contrario a lo afirmado por los Investigados, la Superintendencia 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 20133, Auto 268 de 2010 y Auto 275 de 2011, tal

W

RESOLUCIÓN NÚMERO 5 3 7 8 8 DE 2014 Hoja N°. 47

*“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”*

Radicación No. 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

y como afirman los Investigados, y si es legal frente al régimen de libre competencia colombiano, como Autoridad competente para ello.

Tal y como se explicó en detalle en la Resolución No. 25036 de 2014, la Superintendencia de Industria y Comercio es, conforme a lo establecido en el artículo 6 de la Ley 1340 de 2009, la Autoridad Nacional de Protección de la Competencia en Colombia, y por consiguiente, la entidad encargada de determinar si una práctica que tiene efectos en el mercado colombiano es anticompetitiva o no. Así mismo, la Ley 1340 de 2009, en su artículo 2, señala que las normas de libre competencia son aplicables a todo aquel que participe en el mercado o pueda afectar su desarrollo, independientemente de su forma jurídica, lo cual incluye Entidades tanto públicas como privadas.

Es en ejercicio de estas competencias que la Superintendencia de Industria y Comercio, después de hacer un análisis profundo de la conducta de los Investigados, determinó que infringieron el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, que prohíbe las prácticas tendientes a limitar la libre competencia. **Así, en Colombia, la SIC es la encargada de calificar si una conducta es anticompetitiva, y no otra autoridad, sin perjuicio de que, por supuesto, en ejercicio de sus competencias el juez de la jurisdicción contenciosa evalúe si el acto administrativo que expide la SIC sancionando a un sujeto del mercado por haber infringido el régimen de libre competencia es nulo, al resolver una demanda de nulidad que se interponga en contra del mismo.**

Aceptar que un municipio, y en este caso el DISTRITO, pueden violar las leyes de competencia y prevenir que la Autoridad Nacional encargada de aplicar dichas normas reprima tales conductas ilegales, por el simple hecho de que lo hicieron mediante actos administrativos, desdibujaría todo el esquema de igualdad de competencia y neutralidad competitiva entre empresas con capital público y empresas con capital privado establecido en la Constitución y la Ley 142 de 1994.

Recuérdese que la Constitución de 1991 y la Ley 142 de 1992 establecieron que las empresas del Estado y los particulares deben competir en el mercado en igualdad de condiciones, tal y como lo ha señalado la doctrina acogida por el Consejo de Estado:

*“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”.<sup>16</sup> (Subrayas fuera de texto)*

<sup>16</sup> 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, Págs. 33 y 39. Citado por: Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 13 de mayo de 2004, Expediente AP -0020.

RESOLUCIÓN NÚMERO     - 5 3 7 8 8     DE 2014 Hoja N°. 48

*“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”*

Radicación No. 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

Así, el esquema establecido en la Ley 142 de 1994 previene que las empresas con capital público, o a los entes públicos, ganen participación en el mercado no en virtud de sus propios méritos o eficiencia, sino a través del uso de prerrogativas públicas materializadas en actos administrativos. Eso fue precisamente lo que ocurrió en este caso respecto de la asunción del 100% del servicio de recolección de basuras por parte de entidades del DISTRITO, excluyendo a los participantes del mercado e impidiendo que otras empresas diferentes de las incumbentes ingresaran al mercado.

De aceptar que la adquisición de mercado de una empresa pública en perjuicio de los demás agentes, y la exclusión de competidores a través de actos administrativos, es legal por el simple hecho de que fue materializada a través de un acto producto de una prerrogativa pública, equivaldría a eliminar la aplicación del derecho de la competencia para el sector público, y de paso omitir el principio de neutralidad competitiva, ya que por naturaleza la forma en que una empresa controlada por capital público adquiere participación no por méritos propios sino en uso de prerrogativas públicas es a través de este tipo de actos jurídicos.

Así mismo, tampoco pueden ser de recibo argumentos como que es un error considerar que la EAB diseñó una política pública, pues el programa Basura Cero hizo parte del plan de gobierno que los bogotanos eligieron y que fue aprobado por el Concejo, en la medida en que independientemente del diseño del programa Basura Cero incluido en el programa de gobierno distrital, la EAB fue sancionada por demostrarse plenamente su papel como una de las principales ejecutoras de las conductas anticompetitivas investigadas, las cuales fueron aprobadas al interior de su Junta Directiva, sin que existiera alguna clase de oposición de sus miembros. Al respecto, debe notarse que no era desconocida para la EAB y su Junta Directiva la ilegalidad de las decisiones adoptadas, teniendo en cuenta que las diferentes manifestaciones de alarma que fueron puestas de presente por los entes de control (que fueron citadas en la Resolución de sanción) hacían más que notoria dicha ilegalidad, y aun así se adoptaron y ejecutaron las decisiones violatorias del régimen de competencia.

Por otra parte, no sobra reiterar que 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 a la SIC como autoridad única para la protección de la competencia en todos los mercados nacionales. En esta Sentencia, la Corte Constitucional expresamente precisó que la SIC es la Autoridad competente para investigar y sancionar prácticas restrictivas de la competencia en el sector de servicios públicos. Las normas declaradas exequibles, por demás, son claras en establecer que las normas de competencia son aplicables al sector público.

Nótese que el hecho de que las normas de competencia apliquen al sector público no quiere decir que el Estado pierda su capacidad de regulación y control; lo que quiere decir es que las empresas estatales no pueden ganar participación de mercado en perjuicio de otras empresas que quieren entrar o mantenerse en el mismo a través del uso de sus prerrogativas públicas, y mucho menos abrogarse el derecho de determinar quién puede o no ingresar a un mercado en el que el ingreso es libre.

RESOLUCIÓN NÚMERO     - 5 3 7 8 8     DE 2014 Hoja N°. 49

*“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”*

Radicación No. 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

Legitimar esta práctica, tal y como lo pretenden los recurrentes, sería equivalente a autorizar que el día de mañana un municipio señale que en su jurisdicción sólo podrán prestar servicios financieros, bancarios, de transporte, de generación energética, etc., aquellas empresas o Entidades que estén controladas económicamente por el municipio, y que todas aquellas empresas que estén operando en el mercado deben salir del mismo.

No obstante lo anterior, vale la pena reiterar que 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, que es lo que de acuerdo con las normas jurídicas colombianas le compete. Por lo demás, debe anotarse que la providencia del juez administrativo que ha sido citada por las recurrentes no se encuentra en firme, en razón a que ha sido apelada ante el Tribunal competente, por lo cual no se puede decir que dicha decisión tiene efectos jurídicos al momento de expedirse esta Resolución.

Ahora bien, respecto de los antecedentes judiciales a los que hacen mención los Investigados en su recurso, este Despacho considera que tales decisiones no pueden interpretarse como vinculantes para las determinaciones que adopte la Superintendencia en relación con conductas de agentes del mercado que infrinjan las normas sobre prácticas restrictivas de la competencia. Lo anterior, en la medida en que la calidad de Autoridad única en materia de protección de la competencia que ostenta la SIC desde la entrada en vigor de la Ley 1340 de 2009, la designa como la institución natural para que, dado su carácter técnico, se pronuncie sobre la infracción al régimen de competencia que pueda realizar “todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo”. Esto, se repite, sin perjuicio de que sus decisiones sean revisadas y eventualmente cuestionadas por la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Tampoco pueden ser de recibo los argumentos de los impugnantes relacionados con que el numeral 32 del artículo 79 de la Ley 142 de 1994 otorga a la SSPD la competencia específica para adelantar investigaciones por competencia desleal y prácticas restrictivas de la competencia de los prestadores de servicios públicos domiciliarios. Ciertamente, en la Sentencia C-172 de 2014 la Corte Constitucional fue suficientemente clara al señalar que la asignación de las competencias administrativas que le hizo el legislador a la SIC en relación con protección de la competencia **en el ámbito concerniente a la prestación de servicios públicos domiciliarios**, es plenamente constitucional, dadas sus calidades de organismo técnico y especializado en el ámbito empresarial. Así fue señalado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-172 de 2014:

*“Como ha sido explicado, la Constitución no exige que todas funciones administrativas relacionadas con la prestación de estos servicios públicos domiciliarios sean ejercidas en forma exclusiva a través de la referida superintendencia. El ámbito concerniente a la prestación de servicios públicos domiciliarios presenta contornos difusos donde puede haber una suerte de intersección entre las competencias funcionales de varias autoridades, y en esa medida **el Legislador estaba autorizado para radicar algunas competencias administrativas en una entidad como la SIC.**”*

**Es esta una regulación fundada en parámetros objetivos –criterios funcional y orgánico-, ampliamente justificada en el trámite congresional ante la necesidad de**

HW

*“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”*

Radicación No. 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

**superar problemas estructurales en el control a la libre competencia, especialmente derivados de la pluralidad de autoridades, la falta de consistencia en la aplicación de las normas sustantivas y la situación de ineficiencia advertidos con la experiencia acumulada durante varios años, en particular en el caso de los servicios públicos domiciliarios.**

**La centralización de competencias a la SIC tuvo en cuenta que este es un organismo técnico y especializado en el ámbito empresarial<sup>[67]</sup>, con miras a racionalizar la función administrativa y unificar la normatividad que hasta ahora era sectorial, criterios que han sido avalados por la jurisprudencia de esta corporación<sup>[68]</sup>.**

Así, la propia Corte Constitucional ha sido clara frente a que la SIC es la autoridad competente para investigar las prácticas restrictivas de la competencia en el sector de servicios públicos, que tengan efectos en el mercado Colombiano.

#### **12.5. Sobre los argumentos relacionados con el acceso al Relleno Sanitario Doña Juana**

Los Investigados reiteraron que la determinación adoptada por el DISTRITO de no autorizar el acceso al Relleno Sanitario Doña Juana no obedece a un simple capricho de la administración, sino que tiene como finalidad garantizar la preservación de la salubridad pública y asegurar las condiciones técnicas del relleno sanitario. Así mismo, manifestaron que la SIC desconoce que, por ley, todo servicio público domiciliario en Colombia debe prestarse con base en un contrato de servicios públicos. Por tanto, consideraron que exigir que se permita a las empresas de servicios privadas el acceso al Relleno Sanitario Doña Juana sin que previamente hayan celebrado un contrato con el operador, es pedir que se viole la ley.

Frente a estos argumentos, el Despacho reitera lo expuesto en la Resolución No. 25036 de 2014, en el sentido de que imponer requisitos al acceso al Relleno Sanitario Doña Juana, tales como la autorización previa por parte de la UAESP -que dicho sea de paso no está previsto en la legislación aplicable- es contrario a las normas sobre libre competencia. Este precepto fue puesto de presente a los Investigados por la SSPD, quien en comunicación del 29 de julio de 2013 dirigida al representante legal del Centro de Gerenciamiento de Residuos Doña Juana S.A. E.S.P., con copia a los Investigados, la Procuraduría y la Personería, **pone de presente la obligación de otorgar acceso al Relleno Sanitario Doña Juana, sin necesidad de permiso o autorización alguna,** salvo la única excepción admisible, la cual es de tipo técnico y está consagrada en el artículo 6 del Decreto 1390 de 2005:

**“Así las cosas, la empresa operadora del Relleno Sanitario Doña Juana está obligada a permitir el acceso a todos los prestadores del servicio de aseo para disposición final de los residuos sólidos, en donde la única excepción de tipo técnico admisible se encuentra consagrada en el ya citado artículo 6 del Decreto 1390 de 2005; la cual está bajo la inspección y vigilancia de este Ente de Control.**

**Por último, se resalta, que el régimen económico que actualmente aplica en el Distrito Capital para la prestación del servicio de aseo, es el de libre competencia; por lo cual es posible que cualquier empresa de servicios públicos entre en el**

HW

*“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”*

Radicación No. 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

**mercado sin necesidad de permiso o autorización alguna, más que informar a esta Superintendencia y a la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, sobre el inicio de sus actividades. De forma tal que para el componente de disposición final, los prestadores del servicio público domiciliario de aseo de dicha actividad complementaria, deberán dar libre acceso a los rellenos sanitarios a las empresas de recolección y transporte que así lo soliciten.**<sup>17</sup> (Negrilla fuera de texto)

Por lo anterior, este Despacho mantiene su posición de rechazar estos argumentos, en tanto que está plenamente acreditado con los medios de prueba obrantes en el expediente, tal y como el que ha sido citado, que negar el acceso al Relleno Sanitario Doña Juana constituyó una barrera de entrada ilegal que no está justificada en ninguna norma jurídica.

En este sentido, también serán rechazados los argumentos expuestos en el recurso de reposición según los cuales la negativa al acceso al Relleno Sanitario Doña Juana fue consecuencia de que los operadores privados nunca presentaron la información técnica solicitada por el operador del relleno, con lo cual era imposible el estudio y trámite de la solicitud de acceso al mismo.

Estos argumentos no resultan aceptables en la medida en que se encuentra acreditado que los documentos faltantes a los que se hace alusión **incluían un contrato que la UAESP se negó a otorgar.** En efecto, la UAESP requirió la acreditación de un “*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.*”, el cual dependía de la misma UAESP. En esta medida, no resulta excusable una conducta anticompetitiva que se justifique en el cumplimiento de requisitos que dependían del mismo perpetrador de la conducta prohibida.

En esta línea, también deberán ser rechazados los argumentos relacionados con las supuestas inconveniencias de otorgar acceso al Relleno Sanitario Doña Juana dada su limitada capacidad de disposición, en tanto que independientemente del operador que recolecte los residuos, éstos deben ser desechados en el relleno sanitario en su totalidad. La conducta desplegada por los Investigados de sustituir un operador por otro para que realizara la recolección de basuras, no podía estar racionalmente justificada en la necesidad de adoptar medidas sanitarias en razón a la capacidad limitada del Relleno Sanitario Doña Juana. Por lo demás, la negación del acceso al relleno sanitario, tal y como quedó demostrado en la Resolución recurrida, nunca se erigió como la razón para negar el acceso al relleno, y solo se presentó como argumento cuando la SIC formuló pliego de cargos por la conducta anticompetitiva.

Tampoco son de recibo los argumentos relacionados con que la aplicación de la doctrina de las facilidades esenciales no tiene congruencia con las imputaciones contenidas en la apertura de la investigación, en tanto que la referencia que se hace en la Resolución No. 25036 de 2014 a que el acceso al Relleno Sanitario Doña Juana se adecuaría a dicha doctrina (al ser un elemento indispensable para la prestación del servicio público de aseo), de ninguna manera modifica las imputaciones de la apertura de investigación.

<sup>17</sup> Obrante a folio 5634 del Cuaderno Público No. 27 del Expediente.

*“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”*

Radicación No. 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

Lo anterior teniendo en cuenta que independientemente de si la imputación es aplicable a determinada doctrina, lo cierto es que en la investigación se evidenció que si un prestador del servicio público de aseo no cuenta con acceso a un sitio de disposición final, no estaría en posibilidades de prestar el servicio de manera efectiva y se vería forzado a abandonar el mercado, cuestión que fue perfectamente clara al momento de abrirse la investigación.

#### **12.6. Sobre los argumentos relacionados con la facturación conjunta**

Los Investigados manifestaron en sus recursos de reposición 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.

Teniendo en cuenta que estos mismos argumentos fueron expuestos en las observaciones al Informe Motivado, este Despacho reitera lo señalado en la Resolución No. 25036 de 2014, en el sentido de que la pérdida de la condición de prestador del servicio público de aseo de los operadores privados fue consecuencia de la conducta de los Investigados tal y como se expuso líneas arriba. Por consiguiente, se rechazará este argumento, en tanto no resulta aceptable que los Investigados aleguen su propia culpa o conducta ilegal como justificación de la negativa a acceder a los convenios de facturación conjunta.

Al respecto, se recuerda a los Investigados que 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. En efecto, el artículo 4 del Decreto 2668 de 1999<sup>18</sup> 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<sup>19</sup>. (Subrayas fuera del texto original).*

<sup>18</sup> “Por el cual se reglamentan los artículos 11 en los numerales 11.1, 11.6 y 146 de la Ley 142 de 1994”.

<sup>19</sup> Artículo 4 del Decreto 2668 de 1999, “Por el cual se reglamentan los artículos 11 en los numerales 11.1, 11.6 y 146 de la Ley 142 de 1994”.

*W*

*“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”*

Radicación No. 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

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 la suspensión de la prestación de estas actividades por razones de salubridad pública<sup>20</sup>. Para la mencionada entidad, la normatividad sobre facturación conjunta y su acatamiento constituyen la salvaguarda de la continuidad de la prestación del servicio público domiciliario de aseo y de los derechos de los usuarios<sup>21</sup>.

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 derecho<sup>22</sup>.

En línea con lo anterior, el artículo 2 del Decreto 1987 de 2000<sup>23</sup> 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 1°.** *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*<sup>24</sup>. (Subrayas fuera del texto original).

Tal y como se explicó en detalle en la Resolución impugnada, de la normatividad citada se desprende que la suscripción del convenio de facturación conjunta es una obligación legal para el prestador al que le es solicitado, y adicionalmente, un requisito indispensable para competir en el mercado. 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.**

Por lo anterior, se advierte que las razones expuestas en los recursos de reposición para no suscribir los convenios de facturación conjunta solicitados no corresponden a razones técnicas insalvables que justifiquen la imposibilidad de hacerlo. El requisito previo de

<sup>20</sup> Folio 1 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

<sup>21</sup> Reverso del folio 4 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

<sup>22</sup> Folio 6542 del Cuaderno Público No. 31 del Expediente.

<sup>23</sup> “Por el cual se reglamenta el artículo 11 de la Ley 142 de 1994 y se dictan otras disposiciones”.

<sup>24</sup> Decreto 1987 de 2000 “Por el cual se reglamenta el artículo 11 de la Ley 142 de 1994 y se dictan otras disposiciones”.

*“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”*

Radicación No. 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

obtener de la UAESP un permiso como prestador autorizado corresponde a una exigencia que no está contemplada en la normatividad, y que a la postre hace inviable la participación de uno o varios competidores en el mercado.

Del mismo modo, tampoco son de recibo los argumentos relacionados con que la aplicación de la doctrina de las facilidades esenciales no tiene congruencia con las imputaciones contenidas en la apertura de la investigación, en tanto que la referencia que se hace en la Resolución No. 25036 de 2014 a que el acceso a los convenios de facturación conjunta podría adecuarse a dicha doctrina (en la medida que es un elemento indispensable para la prestación del servicio público de aseo), de ninguna manera modifica las imputaciones de la apertura de investigación. En efecto, independientemente de si la imputación es aplicable a determinada doctrina, lo cierto es que en la investigación se demostró que si un prestador del servicio público de aseo no cuenta con un convenio de facturación conjunta se ve en amplia desventaja para realizar un recaudo efectivo, lo cual pone en riesgo su sostenibilidad financiera.

**12.7. Sobre los argumentos relacionados con que la conducta investigada se dio en el marco de un proceso transitorio**

Al igual que en las observaciones al Informe Motivado, los impugnantes insistieron en el supuesto carácter transitorio que tendría el esquema implementado en la ciudad de Bogotá, justificando esto en que el Decreto 564 de 2012 expresamente señaló que dicho esquema es transitorio hasta cuando se adjudiquen las ASEs. En tal virtud, el hecho de que el esquema fuese transitorio hacía que el mismo no resultara violatorio del régimen legal colombiano sobre prestación de servicios públicos.

Este argumento será rechazado en los mismos términos que se expusieron en la Resolución No. 25036 de 2014, en el sentido que no puede aceptarse como excusa de la infracción a las normas de protección de la competencia, que la misma se haya realizado transitoriamente. Debe recordarse que la violación a un régimen legal, aunque transitoria, resulta contraria al ordenamiento jurídico y, por consiguiente, debe ser reprimida por la autoridad que sea competente para ello.

En todo caso, debe reiterarse que se encuentra probado en el expediente que no es cierto que el esquema de prestación del servicio público de aseo impuesto en Bogotá desde diciembre de 2012 hubiese tenido el carácter de transitorio, en tanto que existe evidencia que da cuenta de que las medidas adoptadas por los Investigados estaban diseñadas para permanecer en el tiempo. En efecto, las declaraciones que dieron GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO y DIEGO BRAVO BORDA en el Congreso de la República, y que fueron citadas anteriormente, no dejan duda de que la conducta de dichos funcionarios tenía por objeto la modificación total y estructural del esquema de recolección de basuras, para reemplazarlo por uno en el que no rigiera la libre competencia.

Adicionalmente, se demostró que además de excluir a la mayoría de competidores del mercado, el DISTRITO, a través de la UAESP, desistió de la actuación administrativa ante la CRA tendiente a la verificación de motivos que permitieran la inclusión de cláusulas de áreas de servicio exclusivo en el Distrito Capital. En efecto, mediante

*“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”*

Radicación No. 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

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 posición 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 Bogotá<sup>25</sup>.

Como se explicó en la Resolución No. 25036 de 2014, esta circunstancia evidencia que el proceder de los Investigados no ha estado dirigido en ningún momento a dar por terminado el esquema supuestamente transitorio, sino que por el contrario, da cuenta de su intención de prolongarlo indefinidamente (recuérdese que desde 2012 a la fecha continúa el esquema impuesto por el DISTRITO).

Argumentos como los expuestos hasta el momento de presentar el recurso de reposición, relacionados con que el desistimiento aludido obedeció a la determinación de reformular el estudio presentado, esperando a que se definiera una metodología que permita remunerar la actividad del aprovechamiento, no cuentan con sustento alguno diferente a las afirmaciones de los Investigados, por lo que no dejan de ser convenientes y carentes de valor probatorio alguno. No obstante, se reitera que tal y como lo ha definido la CRA, con la metodología tarifaria vigente es posible remunerar la actividad de aprovechamiento, por lo que no puede servir de justificación para no realizar el proceso de licitación por las nuevas ASEs, que no se cuente con una metodología tarifaria adecuada establecida por la CRA para incluir el componente de aprovechamiento.

#### **12.8. Sobre los argumentos relacionados con la ilicitud de los correos obtenidos en desarrollo de la visita administrativa a la EAB.**

Frente a este argumento, manifestado también en las observaciones al Informe Motivado, este Despacho se permite reiterar los argumentos que sobre el asunto fueron expuestos en el acto administrativo recurrido:

##### ***“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.*

<sup>25</sup> Oficio CRA No. 20132110007631. Reverso del folio 6477 del Cuaderno Público 31 del Expediente.

*“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”*

Radicación No. 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

*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 los titulares de los e-mails (buzones electrónicos) y los recaudados con autorización o consentimiento de dichos titulares.<sup>26</sup>*

*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.<sup>27</sup> 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*

<sup>26</sup> 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.

<sup>27</sup> 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.

*FN*

*“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”*

Radicación No. 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

*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 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.<sup>28</sup>*

*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*

<sup>28</sup> Folios 2215 a 2234 del Cuaderno Público No. 11 del Expediente.

*“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”*

Radicación No. 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

*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.***

*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.***

Así las cosas, y revisando el contenido de la Resolución impugnada, este Despacho confirma que no se utilizaron, ni fueron valorados de ninguna manera, los correos electrónicos obtenidos con ocasión de la visita administrativa señalada al momento de imponerse la sanción, por lo que no es posible predicar nulidad alguna de lo actuado, pues los fundamentos de las sanciones impuestas atienden a las conclusiones a las que llegó la Superintendencia a partir de otros elementos materiales probatorios obrantes en el Expediente.

Se recuerda que el único correo electrónico empleado en la Resolución No. 25036 de 2014, hace referencia a la respuesta dada a un requerimiento del 18 de diciembre formulado por el Coordinador del Grupo de Trabajo Para la Protección de la Competencia dirigido a ASEO CAPITAL<sup>29</sup>. Dicho correo no fue obtenido con ocasión de la diligencia de inspección adelantada en las instalaciones de la EAB.

Pero incluso si algún correo de los que el Tribunal supuestamente ordenó excluir hubiese sido valorado, cosa que no ocurrió, esto haría que la prueba fuese nula, mas no el proceso, como lo pretenden los recurrentes. Lo anterior en la medida en que la exclusión de la prueba no modificaría, en absoluto, la decisión de la SIC frente a la conducta de los Investigados, la cual está probada por un vasto acervo documental dentro del expediente.

Atendiendo a lo expuesto, este Despacho considera reiterativo y sin fundamento la solicitud formulada respecto a la falencia de la decisión adoptada, derivada del supuesto uso de una prueba que expresamente el Despacho decidió no tener en cuenta al momento de tomar su decisión.

#### **12.9. Frente a los argumentos relacionados con la aplicación de las excepciones a la libre competencia**

<sup>29</sup> Folio 2799 del Cuaderno Público No. 14 del Expediente.

*“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”*

Radicación No. 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

En los mismos términos expuestos en las observaciones al Informe Motivado, los impugnantes manifestaron que el actual modelo de recolección de basuras de Bogotá está exceptuado del régimen de libre competencia, conforme a lo previsto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959. En particular, los Investigados insistieron en señalar que el contrato suscrito entre la UAESP y la EAB debe entenderse como un acuerdo que no obstante limita la competencia, está autorizado por cuanto el saneamiento básico es un ejemplo de un servicio de interés para la economía en los términos del parágrafo del artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

Así mismo, los Investigados señalaron que la conducta objeto de la investigación está encuadrada dentro de la excepción a la aplicación del régimen de competencia prevista en el numeral 3 del artículo 49 del Decreto 2153 de 1992.

Frente a estos argumentos -y teniendo en cuenta que los mismos son una reiteración de lo ya dicho por los Investigados en el traslado al Informe Motivado-, a continuación se citan las consideraciones expuestas en la Resolución No. 25036 de 2014, que explican en detalle las razones por las cuales la solicitud de aplicación de las excepciones propuestas es abiertamente desacertada:

*“[e]ste Despacho le recuerda a los investigados que la única Entidad facultada para autorizar la celebración de los acuerdos anticompetitivos previstos en el parágrafo 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 parágrafo 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”.*

*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*

*“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”*

Radicación No. 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

*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 párrafo 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).*

*De acuerdo con el texto en cuestión, para que se configure la tercera excepción deben confluir 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.*

*“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”*

Radicación No. 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

*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.”*

De esta forma, es absolutamente claro que ninguna de las excepciones que prevendrían la aplicación del régimen de libre competencia es aplicable al caso concreto de la conducta anticompetitiva desplegada por los Investigados.

#### **12.10. Sobre los argumentos de los recurrentes frente a la ineficiencia de un esquema de libre competencia para la prestación del servicio de aseo en Bogotá**

Uno de los argumentos presentados en los recursos impetrados en contra de la Resolución No. 25036 del 2014 gira en torno a la supuesta inobservancia de la SIC de los argumentos de ineficiencia que se expusieron a lo largo de la investigación, respecto a la posibilidad de implementar un sistema de libre competencia puro y simple para la prestación del servicio de aseo en la Capital.

Frente a lo anterior, es importante resaltar que la afirmación de los recurrentes respecto de la “primacía absoluta” de la libre competencia representa una versión sesgada y poco realista del entendimiento del bien jurídico que se tutela a través del régimen general para la protección de la competencia y normas especiales que se relacionan. Como muchos otros, la libre competencia económica comporta un valor constitucional que tiene en cuenta las situaciones particulares de cualquier mercado, para así propender *mutatis mutandi*, por absorber los beneficios procompetitivos de cada escenario en virtud de sus particularidades.

*“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”*

Radicación No. 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

Así las cosas, la prestación del servicio de aseo es un claro ejemplo de un mercado regulado en el que la aplicación de los conceptos propios de la libre competencia deben ser matizados -mas no eliminados- con miras a conseguir la efectiva prestación del servicio público domiciliario a toda la población en forma ininterrumpida, sin olvidar la importancia económica de la competencia.

En estos términos, y dando aplicación de los principios constitucionales que trajo consigo la carta política de 1991, la Ley 142 de 1994 estableció el régimen de los servicios públicos domiciliarios, logrando regular las condiciones particulares de estos mercados, sin perder de vista los principios en que deben inspirarse, entre otros, *“libertad de competencia y no utilización abusiva de la posición dominante”*.

Al respecto, el Consejo de Estado ha manifestado que *“(...) 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 el Estado debe asegurar la prestación (no prestar forzosamente) al tiempo que permite la concurrencia de Agentes (públicos, privados o mixtos) en su prestación.”*<sup>30</sup>

Si bien es cierto que hay una serie de fines que deben ser garantizados por el Estado y que justifican su intervención en estos mercados, no es menos cierto que la misma ley que faculta dicha intervención propone opciones, que siendo efectivas para garantizar la prestación del servicio, procuran mantener en su máxima expresión la libre competencia.

En este sentido, la Ley brinda dos escenarios distintos a la libertad competitiva plena, cuando la misma no satisface plenamente los fines propios de este tipo de servicios: por una parte, y atendiendo a motivos de interés social, la creación de áreas de servicio exclusivo (ASE) mediante invitación pública<sup>31</sup>, y; en segundo lugar, a través de la prestación directa del servicio por parte de los municipios con el lleno previo de los tres requisitos que el artículo 6 trae en sus numerales 6.1, 6.2 y 6.3. De tal suerte, si bien la Ley establece un esquema de libre competencia en el mercado, también establece uno por el mercado, el cual puede ser implementado respetando las normas legales. Es decir, existe la posibilidad de evitar la competencia en las zonas de servicio organizadamente, mediante la solicitud y posterior aprobación de ASEs ante la CRA.

Ahora, el hecho de que haya libre competencia no implica que el Estado pierda su capacidad de regulación en aras de proteger a los consumidores, garantizar la universalidad, incluir poblaciones menos favorecidas, etc. En efecto, el Estado conserva

<sup>30</sup> Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia AP 020 de 2004, C.P. María Elena Giraldo Gómez. En el mismo sentido Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia AP 254 de 2005, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

<sup>31</sup> Cfr. Artículo 40, Ley 142 de 1994.

RESOLUCIÓN NÚMERO           - 5 3 7 8 8           DE 2014 Hoja N°. 63

*“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”*

Radicación No. 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

su capacidad de regulación a través de Entidades como la SSPD y la CRA, como bien lo señala la Constitución Política. Así, resulta ser un falso dilema el propuesto por los recurrentes, según el cual sólo la prestación de los servicios públicos realizada directamente por el Estado protege al consumidor, mientras que la que se hace en las modalidades de libre competencia *en el mercado y por el mercado* no lo protege.

Por lo anterior, no son de recibo para esta Superintendencia los argumentos expuestos por los recurrentes respecto a la ineficiencia de implementar un esquema de libre competencia en el mercado del servicio de aseo en Bogotá D.C., como casual para exonerar de toda responsabilidad a los Investigados por la implementación del modelo adoptado. Como se expuso a lo largo de la Resolución No. 25036 del 2014, el reproche efectuado sobre la conducta se dirigió a la escogencia de un modelo de aseo que resulta restrictivo de la competencia, y que no observó lo establecido en la Ley 142 de 1994.

Nótese que fueron el constituyente y el legislador quienes escogieron los modelos para prestar los servicios públicos en Colombia, sin que sea viable que un ciudadano o una empresa (pública o privada) los desconozca bajo el argumento de que no los consideran eficientes. Si los Investigados consideran inadecuado o ineficiente el modelo escogido por el constituyente y el legislador, lo que deben hacer no es incumplirlo o desplegar mecanismos de “autotutela” para apartarse de él, sino promover un debate legislativo que lleve al cambio de modelo escogido por la Constitución y la Ley, conforme a las vías democráticas previstas en el régimen legal colombiano.

Por lo demás, debe anotar este Despacho que al día de hoy, en todo el territorio nacional, prácticamente todas las ciudades capitales se rigen por el modelo de libre concurrencia o entrada, y en ninguno de ellos el municipio o las empresas controladas por el mismo realizan conductas para evitar el ingreso de competidores, cuestión que demuestra que el principio de libre entrada o concurrencia no es ineficiente o inviable para llevar a cabo la prestación del servicio de recolección de basuras.

En adición a lo anterior, también se rechazarán los argumentos de los recurrentes respecto a la ausencia de una valoración de la utilidad obtenida por el DISTRITO con las conductas sancionadas bajo el entendido que se creó un monopolio artificial, pues no resulta determinante para esta Entidad que exista una utilidad para el infractor como consecuencia de su conducta ilegal, ya que los efectos que se ocasionan al mercado pueden ser analizados en dos vías: i) los beneficios obtenidos por un agente sin que los mismos respondan a méritos propios de la gestión comercial; y ii) los efectos nocivos que percibe el mercado con la conducta ejecutada. En este caso, como quedó claro en párrafos anteriores, se excluyó a varios competidores del mercado y se prohibió la libre entrada de otros prestadores que quisieran participar en el mismo.

Por lo demás, es apenas obvio que al quitarle participación de mercado a un competidor en determinado sector, se produce un beneficio para quien realizó la conducta, ya que se reemplaza una empresa que estaba actuando en el mercado y obteniendo una rentabilidad, por otra, que ganó su posición no en virtud de su eficiencia sino del uso de sus prerrogativas públicas.

*"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"*

Radicación No. 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

**12.11. Sobre los argumentos relacionados con que el objeto del convenio y contrato interadministrativos no era la monopolización del servicio en cabeza del DISTRITO sino la garantía de la universalidad del servicio**

No son de recibo por parte de este Despacho los argumentos planteados por los recurrentes en torno a que el término "100% del servicio" contenido en el objeto del Convenio Interadministrativo No. 017 de 2012 se refiere al fin de la universalidad del servicio público y no al otorgamiento de la prestación del servicio en ese porcentaje a la EAB.

Lo anterior, teniendo en cuenta que si bien es cierto uno de los fines de la prestación de los servicios públicos domiciliarios es lograr la universalidad, esto es, la prestación completa del servicio a la totalidad de los usuarios de la ciudad, no es menos cierto que el objeto del mencionado convenio expresaba que la EAB: *"asume la prestación del servicio de aseo, dando cumplimiento a las obligaciones señaladas en el artículo 3 de este contrato, **en toda la ciudad de Bogotá D.C.**, sin cláusulas de exclusividad"*. Lo anterior se ve reforzado por el texto del párrafo adicionado al mismo artículo 3 del contrato en la coyuntura que se presentó a finales de 2012<sup>[1]</sup>, con los siguientes términos: *"En el evento en el 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 (...)".*

En estos términos, no puede permitir esta Autoridad que los investigados argumenten que para lograr la aplicación efectiva de uno de los fines del servicio, conocido como la universalidad, sea necesario empoderar a la EAB para que preste el servicio de aseo en el 100% de la ciudad, pues dichos supuestos no guardan relación directa alguna.

Por otra parte, el convenio establecía que *"Dentro del ámbito de su autonomía técnica y operativa, el CONTRATISTA podrá contratar con Empresas de Servicios Públicos de aseo de reconocida idoneidad la prestación del servicio por actividades o zonas de la ciudad"*. En virtud de esta potestad contractual, la EAB subcontrató con su filial AGUAS DE BOGOTÁ, con el objeto de: *"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"*<sup>32</sup>. (Negrilla fuera del texto) Así, el convenio daba la potestad de prestación total del servicio a la EAB, ya fuera directamente, o a través de subcontratistas.

En estos términos, no puede predicarse desde ningún punto de vista que el espíritu del convenio y del contrato interadministrativo, no se dirigía a poner en cabeza de un agente del mercado, de naturaleza pública distrital, la posición privilegiada en el mercado para poder abrogarse directamente de la prestación del servicio de aseo y complementarios

[1] Otrosí No. 1 del 17 de diciembre de 2012.

<sup>32</sup> Clausula Primera 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 resuelven unos recursos de reposición”*

Radicación No. 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

en la Capital, o hacerlo a través de su filial, sin permitir que se diera un proceso competitivo por dicho mercado en el que intervinieran otras empresas de servicios públicos con la idoneidad necesaria para ser subcontratadas.

Adicionalmente, no deben ignorarse las declaraciones de GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO y DIEGO BRAVO BORDA ante el Congreso de la República (que fueron reseñadas anteriormente), en las que afirmaban que en Bogotá no regía ni rige el régimen de libre competencia, **y que el DISTRITO asumiría la prestación del servicio en la ciudad de Bogotá en su 100%**, cuestión que no deja ninguna duda sobre el objeto de la práctica desplegada por los Investigados.

Adicional a lo anterior, de por sí suficiente para concluir sobre la motivación de la conducta de los Investigados, no pueden olvidarse las declaraciones que dieron varios de ellos a los medios de comunicación

En efecto, el 30 de noviembre de 2012 el diario “EL ESPECTADOR”, 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.  
(...)”*

*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”<sup>33</sup>. (Subraya fuera de texto)*

En el mismo sentido, 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”: EAAB*

*(...)”*

*¿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 EAAB, 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?*

<sup>33</sup> Folio 2405 del Cuaderno Público No.12 del Expediente.

*“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”*

Radicación No. 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

*Cuando exista el derecho a la libre competencia nadie puede impedir que se ejerza. Pero en este momento no hay cómo invocar ese derecho”<sup>34</sup>. (Subraya fuera de texto)*

Por su parte, la emisora de Caracol Radio “LA W RADIO” publicó en su página electrónica la siguiente información con fundamento en declaraciones de GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO:

*“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.*

***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.”<sup>35</sup> (Subrayas y negrilla fuera del texto original).*

Así mismo, en manifestaciones ante el Senado de la República el 19 de febrero de 2013, GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO señaló que 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 (…)”<sup>36</sup>.*

#### **12.12. Sobre los argumentos relacionados con que la UAESP no es objeto de la aplicación de las normas de libre competencia**

Los Investigados manifiestan que la UAESP tiene como función garantizar que los servicios a su cargo se presten de manera eficiente, por lo cual no es objeto de la aplicación de las normas de libre competencia. En el mismo sentido señalan lo siguiente:

*“El Estado no es un agente del mercado es el agente económico, el Estado acude como oferente y como demandante. Es el mayor productor de bienes y servicios. El Estado tiene a diferencia de los otros agentes económicos, una capacidad coactiva, como por ejemplo la actividad de recaudar impuestos...”*

*(...)*

*“Por agente del mercado debe entenderse a aquella persona que es operadora o interactúa en un mercado mediante la provisión o la negociación de los bienes o servicios*

<sup>34</sup> Folio 1311 del Cuaderno Público No. 7 del Expediente.

<sup>35</sup> Folio 1036 a 1037 del Cuaderno Público No. 5 del Expediente.

<sup>36</sup> Ver: <http://www.youtube.com/watch?v=e1QMitX7FE> (Fecha de consulta: julio 4 de 2014).

RESOLUCIÓN NÚMERO - 5 3 7 8 8 DE 2014 Hoja N°. 67

*"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"*

Radicación No. 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

*que ofrece. En este caso la UAESP es una autoridad que tiene la obligación de garantizar la prestación de un servicio público y que ejerce unas competencias en el campo de derecho público, mediante la implementación de programas, políticas y proyectos para garantizar la provisión del servicio de aseo y, por lo tanto, no opera o presta el servicio en el mercado de la provisión del servicio público de aseo en el Distrito Capital."*

Los argumentos expuestos por los Investigados deben ser rechazados por este Despacho, en la medida en que el artículo 4 de la Ley 1340 de 2009 dispone que las normas de protección de la competencia aplican a cualquier persona que desarrolle una actividad económica, **o afecte o pueda afectar ese desarrollo**. En efecto, el artículo 2 de la Ley 1340 de 2009 señala que *"todo aquel que desarrolle una actividad económica o que afecte ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica y en relación con las conductas que tenga o puedan tener efectos total o parcialmente en los mercados nacionales, cualquiera sea la actividad o sector económico"*. (Negrillas fuera de texto).

Por consiguiente, es claro que en la medida en que determinado actor desarrolle actividades económicas en un mercado, o afecte o pueda afectar ese desarrollo, sea de naturaleza pública o privada, le corresponde cumplir las normas del régimen de libre competencia. Así, la Ley colombiana es clara en cuanto a que las normas de competencia aplican a Entidades públicas como la UAESP, la cual afecta o puede afectar el desarrollo económico de un sector, como efectivamente lo hizo en este caso.

Es pertinente traer a colación lo expuesto por la doctrina internacional en relación a las implicaciones de no aplicar las normas de competencia a agentes de carácter público<sup>37</sup>, en el sentido que dicha inaplicación traería consigo condiciones adversas al mercado, especialmente si se tiene en cuenta que por lo general, varias de las principales empresas en los diferentes mercados tienen participación estatal.

En efecto, la teoría sobre la materia dicta que agentes estatales dominantes podrían crear barreras de entrada en los mercados en los que participan, o al menos podrían usar el apalancamiento derivado de su carácter estatal para obtener importantes ventajas competitivas, tales como privilegios exclusivos y el bloqueo de los mercados a la competencia. Así, exceptuar de la aplicación de las normas de protección de la competencia a estos grandes jugadores del mercado, crearía una situación que pondría en desventaja a los competidores de carácter privado y erigiría barreras para nuevos entrantes<sup>38</sup>.

En virtud de lo anterior, existe un consenso internacional en que las normas de protección de la competencia cobijan a agentes de carácter público, en la medida en que se desempeñen como actores del mercado o afecten su desarrollo, **posición que claramente adopta la legislación colombiana, en especial, la Ley 1340 de 2009**.

<sup>37</sup> Fox, Eleanor M. and Healey, Deborah, "WHEN THE STATE HARMS COMPETITION — THE ROLE FOR COMPETITION LAW" (2013). New York University Law and Economics Working Papers.

<sup>38</sup> Ibid.

W

*"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"*

Radicación No. 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

Para el caso de la UAESP, es claro para este Despacho que si bien dicho organismo no desarrolla una actividad económica, sí puede afectar, y de hecho afectó en este caso, ese desarrollo. Ciertamente, la UAESP es una entidad adscrita al Distrito Capital de Bogotá que con sus acciones y políticas afecta o puede afectar de forma directa el desarrollo de una actividad económica, más precisamente la prestación del servicio público de aseo.

En efecto, el artículo 116 del Acuerdo Distrital 257 de 2006 establece entre las funciones de la UAESP, la de diseñar estrategias, planes y programas para el manejo integral de los residuos sólidos, así como la de dirigir y coordinar la prestación de los servicios públicos del manejo integral de residuos sólidos y otros. Así, la UAESP es una entidad que dirige, coordina y funge como contratante en la prestación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá y, por ende, es una entidad que puede afectar el desarrollo de una actividad económica, en los términos del artículo 2 de la Ley 1340 de 2009. Por lo anterior, no hay duda que la UAESP está sujeta a las normas que componen el régimen de competencia, al tener la potestad de afectar -y de hecho haber afectado- el desarrollo de una actividad económica como es la prestación de servicios públicos domiciliarios.

### **12.13. Sobre los argumentos relacionados con la prestación del servicio de aseo de manera *indirecta* por parte del DISTRITO**

Los recurrentes manifestaron que el DISTRITO no asumió directamente la prestación del servicio de aseo en Bogotá, sino que lo hizo de manera indirecta a través de la EAB, motivo por el cual no era su obligación atender lo establecido en el artículo 6 de la Ley 142 de 1994. Fundamentaron esta afirmación en el Concepto Unificado de la SSPD 2009-08, el cual establece en los siguientes términos la diferencia entre un esquema de prestación directa e indirecta:

*"[I]a prestación indirecta de servicios públicos domiciliarios por parte del Estado y sus entes (entre ellos los municipios), no tiene restricción alguna, razón por la cual mal podría concluirse que para constituir una empresa municipal prestadora de servicios públicos domiciliarios se requiera agotar el procedimiento señalado en el artículo 6 de la Ley 142 de 1994".*

Frente a este argumento expuesto por los impugnantes, relacionado con la diferencia entre prestación directa e indirecta del servicio, este Despacho tiene las siguientes consideraciones:

En primer lugar, debe advertirse que la prestación indirecta del servicio de aseo argumentada por los recurrentes como circunstancia que les permitía omitir el cabal cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 6 de la Ley 142 no resulta aplicable al presente caso. En efecto, como se desprende del mismo concepto aludido por los recurrentes, la posibilidad que tienen los municipios de participar en el mercado de prestación del servicio público domiciliario de manera indirecta nace precisamente de la libertad de entrada que se predica del mercado, pues según lo señala la SSPD en el concepto, no es posible restringir a un municipio la posibilidad de competir en un mercado que por su naturaleza se inspira en la libre competencia y la libre entrada de agentes.

RESOLUCIÓN NÚMERO - 5 3 7 8 8 DE 2014 Hoja N°. 69

*"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"*

Radicación No. 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

Lo anterior fue precisado por la SSPD en el concepto citado al afirmar de manera categórica que la participación indirecta del municipio en la prestación de los servicios públicos debería darse **"... sin que el Estado o sus entes territoriales puedan alterar las condiciones de competencia en la prestación, otorgando ventajas a aquellas empresas oficiales o en las cuales tienen alguna participación. (Numeral 27.1 del artículo 27, Ley 142 de 1994)".**<sup>39</sup> (Negrilla fuera de texto)

Así las cosas, resulta paradójico que los recurrentes se amparen en un concepto que le permite a los municipios participar en la prestación de servicios públicos domiciliarios de manera indirecta, cuando es evidente que tal potestad se predica en relación a los principios de libre competencia y libre participación en los mercados de servicios públicos, los cuales fueron a todas luces vulnerados por el modelo escogido por los Investigados.

En efecto, la intervención de la EAB en la prestación del servicio de aseo en la capital por disposición de la UAESP no pretendió la participación del DISTRITO a través de un tercero en el mercado en condiciones de competencia tal y como lo puntualiza el concepto de la SSPD aportado por los Investigados, sino la asunción del 100% del servicio de recolección de basuras por parte de entidades del DISTRITO, excluyendo a los participantes del mercado e impidiendo que otras empresas diferentes de las incumbentes ingresaran al mercado.

Así, nótese que la prerrogativa otorgada a los municipios para competir por el mercado en igualdad de condiciones con agentes privados de la que trata el concepto de la SSPD presentado por los Investigados, está dirigida a promover la competencia en los mercados de prestación de servicios públicos y no a limitarla, como erróneamente lo asumen los Investigados.

**12.14. Sobre los argumentos relacionados con la responsabilidad de las personas naturales por haber actuado en cumplimiento de su deber y del Decreto 564 del 2012**

No son de recibo los argumentos planteados por los recurrentes según los cuales su conducta no debe ser objeto de sanción por haberse realizado en cumplimiento de su deber y del Decreto 564 del 2012, teniendo en cuenta que está demostrada su participación en el proceso de diseño (en algunos casos) y ejecución del sistema de aseo reprochado contrario al régimen de libre competencia, así como en la adopción de medidas tendientes a vulnerar el bien jurídico tutelado que las normas constitucionales y legales, tanto generales como especiales del sector, han pretendido proteger. De esta forma, la circunstancia de que las personas naturales hubiesen estado presentes en la cadena de diseño -algunas de ellas- e implementación de la conducta o tolerancia de la misma -las demás-, los hace responsables por acción u omisión.

Aceptar el argumento de los investigados de que estaban simplemente cumpliendo con una orden establecida por los directivos del DISTRITO o las empresas públicas involucradas equivaldría a aceptar que el gerente de una empresa podría ser exonerado

<sup>39</sup> Superintendencia de Servicios Público Domiciliarios, CONCEPTO UNIFICADO SSPD-OJU-2009-08, página 6.

*W*

RESOLUCIÓN NÚMERO - 5 3 7 8 8 DE 2014 Hoja N°. 70

*“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”*

Radicación No. 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

por haber ejecutado un cartel de precios, por el simple hecho de que recibió la orden de la junta directiva de la compañía de ponerse de acuerdo con sus competidores para aumentar el precio del producto o servicio que comercializan, cuestión que no se compadece ni con el régimen legal ni con su filosofía.

La conducta tanto activa como pasiva de los funcionarios frente a la ejecución y tolerancia de las conductas contrarias a la libre competencia sancionadas en la Resolución recurrida, hacen que las personas naturales que participaron de escenarios decisivos y de ejecución de la conducta sean responsables por colaborar, facilitar, autorizar, ejecutar e incluso tolerar conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia a que se refiere la Ley 155 de 1959 en su artículo 1.

La voluntad de los sancionados como personas naturales se desprende de las decisiones que adoptaron como parte de un cuerpo colegiado (en el caso de los miembros de junta), sin que en esa decisión hayan manifestado su inconformidad con el esquema de recolección de basuras implementado. Lo anterior, porque las decisiones de cuerpos colegiados se entienden adoptadas por sus integrantes, si ellos no se encargan de exteriorizar su desacuerdo de alguna forma. Así mismo, la voluntad de los sancionados como personas naturales se desprende de las conductas que adoptaron individualmente en aras de ejecutar o tolerar las prácticas anticompetitivas que perpetraron la EAB, la UAESP y AGUAS DE BOGOTÁ, en aquellos casos en los cuales no actuaron acompañados de un cuerpo colegiado sino individualmente considerados.

Valga aclarar que, en el caso de los cuerpos colegiados, la conducta legal que se esperaba de las personas naturales no consistía en la interrupción efectiva de las conductas anticompetitivas (cuestión que en un cuerpo colegiado, por lo general, nadie puede lograr individualmente), sino en la expresión de su desacuerdo con el diseño e implementación de conductas anticompetitivas, así como en el despliegue de las acciones que estuvieran a su alcance para impedir que la misma ocurriera, en los términos en que la Constitución y la misma Ley 142 convidan.

En suma, alegar el cumplimiento de órdenes superiores o argumentar una “obediencia debida” como excusa para ejecutar una conducta anticompetitiva no es una defensa aceptable en el régimen de protección de la competencia, en la medida en que, en éste, las personas naturales responden tanto por ejecutar conductas anticompetitivas como por tolerarlas, cuestiones ambas que ocurrieron en el presente caso.

**12.15. Sobre los argumentos relacionados con la inexistencia de valor probatorio de los reportes periodísticos**

No son de recibo los argumentos planteados por los recurrentes sobre la inexistencia de valor probatorio de los reportes periodísticos, teniendo en cuenta que si bien los recortes periodísticos por sí solos no son pruebas autónomas de los hechos que se narran en ellos, pueden ser utilizadas como elementos indiciarios o complementarios en la demostración de determinada conducta. Ahora bien, su valor probatorio dependerá de la conexidad y coincidencia que dichos elementos probatorios tengan con otras pruebas que obren en el expediente sobre la existencia de la conducta.

*“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”*

Radicación No. 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

Así las cosas, el mismo Consejo de Estado, citado por lo recurrentes para sostener que los recortes y audios periodísticos no podían ser utilizados como prueba, ha expresado lo siguiente:

*“Conforme el artículo 175 del Código de Procedimiento Civil y a lo que ha sostenido la doctrina procesal, la publicación periodística que realice cualquiera de los medios de comunicación puede ser considerada prueba documental<sup>40</sup>. Sin embargo, en principio sólo representa valor secundario de acreditación del hecho en tanto por sí sola, únicamente demuestra el registro mediático de los hechos. Carece de la entidad suficiente para probar en sí misma la existencia y veracidad de la situación que narra y/o describe. **Su eficacia como plena prueba depende de su conexidad y su coincidencia con otros elementos probatorios que obren en el expediente. Por tanto, individual e independientemente considerada no puede constituir el único sustento de la decisión del juez.**<sup>41</sup>*

*En la jurisprudencia de esta Corporación existen precedentes que concuerdan con esta posición. Se ha estimado que las publicaciones periodísticas “...son indicadores sólo de la percepción del hecho por parte de la persona que escribió la noticia”, y que si bien “...son susceptibles de ser apreciadas como medio probatorio, en cuanto a la existencia de la noticia y de su inserción en medio representativo (periódico, televisión, Internet, etc.) no dan fe de la veracidad y certidumbre de la información que contienen”<sup>42</sup>.*

**Lo anterior equivale a que cualquier género periodístico que relate un hecho (reportajes, noticias, crónicas, etc.), en el campo probatorio puede servir solo como indicador para el juez, quien a partir de ello, en concurrencia con otras pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, podría llegar a constatar la certeza de los hechos.**<sup>43</sup>

En estos términos, la decisión adoptada por esta Superintendencia no se sustenta exclusivamente en los apartes de prensa citados en la Resolución de sanción, pues la decisión de sancionar a cada una de las personas naturales tuvo sustento en otras pruebas que obran en el expediente. Así, las pruebas de medios de comunicación llegan a reforzar un acervo probatorio que lleva al Despacho al consentimiento sobre la existencia de una conducta anticompetitiva. De hecho, el contenido de las pruebas periodísticas es ratificado por las declaraciones dadas ante el Honorable Congreso de la

<sup>40</sup> Esta Corporación ha reiterado que los artículos publicados en la prensa escrita pueden apreciarse por el juez como prueba documental solo para tener“(...) certeza sobre la existencia de la información, pero no de la veracidad de su contenido”. Sobre el mérito probatorio de las publicaciones de prensa como prueba en los procesos se encuentran también las siguientes providencias: sentencia de 27 de junio de 1996, rad. 9255, C. P. Carlos A. Orjuela G.; sentencia de 15 de junio de 2000, exp. 13.338, C. P. Ricardo Hoyos Duque; sentencia de 10 de noviembre de 2000, rad. 18298, actor: Renata María Guadalupe Lozano, C. P. Ricardo Hoyos Duque, y sentencia del 16 de enero de 2001, aad. ACU-1753, C. P. Reinaldo Chavarro; sentencia de 25 de enero de 2001, rad. 3122, C. P. Alberto Arango Mantilla; sentencia de 6 de junio de 2002, rad. 739-01, C. P. Alberto Arango Mantilla.

<sup>41</sup> En sentencias de 15 de junio de 2000 y de 25 de enero de 2001, al igual que en auto de noviembre diez de 2000, según radicaciones 13338, 11413 y 8298, respectivamente, el Consejo de Estado, Sección Tercera, expuso una tesis según la cual una versión periodística aportada al proceso sólo prueba que la noticia apareció publicada en el respectivo medio de comunicación.

<sup>42</sup> Sentencia de 6 de junio de 2007, expediente AP-00029, M. P. María Elena Giraldo Gómez. Sección Tercera.

<sup>43</sup> Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 29 de mayo de 2012. Expediente 2011-01378-00. MP: Susana Buitrago Valencia (e).

UN

*“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”*

Radicación No. 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

República por GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO y DIEGO FERNANDO BRAVO BORDA.

### **12.16. Sobre los argumentos relacionados con las declaraciones de los Investigados en el Congreso**

No es de recibo para este Despacho el argumento esgrimido por los recurrentes respecto a que las ideas planteadas por DIEGO FERNANDO BRAVO BORDA, en desarrollo del debate de control político que se realizó el 11 de noviembre de 2012 ante la Comisión Sexta del Senado de la Republica, no puedan ser consideradas como actos tendientes a perpetuar conductas anticompetitivas, pues fueron expuestas con miras informar a la población.

Es importante recordar que la imposibilidad de demostrar el elemento volitivo en el actuar de un individuo hace necesario que la SIC recurra a los actos de externalización de pensamientos del mismo, pues identificado un comportamiento la autoridad de competencia le otorga -luego de un proceso lógico de deducción o inducción-, una explicación capaz o no de demostrar el sentido de esa conducta dirigido a restringir un proceso competitivo en un mercado. Lo anterior no implica ningún tipo de juicio de responsabilidad objetiva, pero sí impone investigado la carga de demostrar, por cualquier medio de prueba reconocido, que ese actuar tiene una lógica distinta a la generada por el nexo causal lógico generado en la teoría del caso de la Autoridad.

De lo anterior se desprende la importancia de cualquier tipo de manifestación del pensamiento para este tipo de casos, pues de las afirmaciones de DIEGO FERNANDO BRAVO BORDA en desarrollo del debate de control político, y expuestas en la Resolución recurrida, expresó que:

**“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 menores 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 cobertura de la población de menores ingresos bajo el régimen de Libre Competencia, **por eso procede a autorizar a la ciudad a constituir el monopolio público** que garantice que esa cobertura se extienda a la población de menores ingresos (...)”<sup>44</sup>**

<sup>44</sup> DVD contenido en el folio 2212 del Cuaderno Público No. 11 del Expediente. Intervención de DIEGO FERNANDO BRAVO BORDA, a partir de la hora (1:48:02).

W

*“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”*

Radicación No. 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

Por lo anterior, se hace necesario recordar a los recurrentes que la intervención transcrita en la Resolución bajo examen demuestra la intención de las personas jurídicas a la hora de implementar el nuevo esquema para la prestación del servicio de aseo y complementarios, así como la intención propia, en el caso de DIEGO FERNANDO BRAVO BORDA.

**12.17. Sobre los argumentos relacionados con la imposibilidad de que el contrato 809 de 2012 constituya contravención a la libre competencia**

Sobre este particular es importante recordar que la teoría del caso adoptada por esta Superintendencia respecto a la existencia de una práctica restrictiva de la competencia, se fundamenta en la toma de decisiones por parte de la UAESP, la EAB y AGUAS DE BOGOTÁ, con las cuales otorgaron a la EAB -y con ello a su filial AGUAS DE BOGOTÁ-, la calidad de agente del mercado de naturaleza pública distrital, para que operara de forma exclusiva y dominante el servicio público de aseo y servicios complementarios en la ciudad de Bogotá D.C.

Para lograr lo anterior, los agentes sancionados operaron a través de una secuencia de actos y hechos que tuvieron por objeto y efecto asumir la administración monopólica o dominante de la prestación del servicio mencionado en la capital.

Inicialmente, la UAESP y la EAB celebraron un convenio interadministrativo que logró, como se expresó en la Resolución de sanción recurrida, *“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”*<sup>45</sup>. (Subrayas fuera de texto) Dicho convenio, al otorgar un monopolio de derecho sin autorización legal a una empresa de servicios públicos, y con infracción del artículo 365 de la Constitución Política y la Ley 142 de 1994, constituyó por sí mismo una infracción al régimen de libre competencia.

A partir del convenio se facultó a la EAB para que subcontratara, bien sea por servicios o por zonas, la prestación directa del servicio de aseo o sus complementarios, teniendo en cuenta la idoneidad de la empresa de servicios públicos. Como consecuencia de esta facultad, la EAB y AGUAS DE BOGOTÁ celebraron el contrato 809 de 2012, del cual se argumenta no puede ser inconsistente con el régimen de protección de la competencia en razón de sus fuentes legales y contractuales.

En este punto es donde se da el quiebre del argumento de los recurrentes, pues con independencia de las consideraciones ya expuestas respecto al modelo regulado a través del Convenio No. 017, esa misma fuente contenía unos requisitos para que dicha subcontratación se adelantara. En su literalidad, la cláusula 17 de este convenio establecía que: *“dentro del ámbito de su autonomía técnica y operativa, el CONTRATISTA podrá contratar con Empresas de Servicios Públicos de aseo de reconocida idoneidad la prestación del servicio por actividades o zonas de la ciudad”*.

<sup>45</sup> Hoja 66 de la Resolución No. 25036 del 21 de abril de 2014.

RESOLUCIÓN NÚMERO - 5 3 7 0 0 DE 2014 Hoja N°. 74

*“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”*

Radicación No. 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

Teniendo en cuenta lo anterior, la EAB contaba con la posibilidad de subcontratar la prestación del servicio por zonas, siempre y cuando se celebrara con Empresas de Servicios Públicos de reconocida idoneidad. Esta potestad no incluía la posibilidad de que la EAB omitiera los principios básicos de la Ley 142 y la Constitución Política de garantizar la libre competencia en el proceso de subcontratación, pues omitiendo la idoneidad de los operadores privados existentes en el mercado, simplemente benefició a su filial AGUAS DE BOGOTÁ al subcontratarla sin haber permitido una pugna competitiva por el mercado que se pretendía adjudicar con cada zona.

Con lo anterior, no se pretende excluir de la posibilidad de contratación al agente distrital en el mercado -quien también podría ser un competidor-, pero sí resulta reprochable el uso de prerrogativas públicas por parte de la EAB para beneficiar a su propia filial, quien resulta ser competidor de estas otras *Empresas de Servicios Públicos de aseo de reconocida idoneidad*, que fueron excluidas al haberse ejercido la potestad de subcontratación por medio de un contrato interadministrativo directamente con AGUAS DE BOGOTÁ.

Por lo anterior, y en los términos usados por este Despacho en la Resolución No. 25036 de 2014, se concluye que: *“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 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.”*<sup>46</sup>

Por su parte, este Despacho rechaza las afirmaciones ofrecidas por los recurrentes respecto a la imposibilidad de considerar que la adquisición de equipos para la prestación del servicio de aseo por parte de AGUAS DE BOGOTÁ represente un comportamiento contrario a la competencia, pues en la Resolución recurrida no se plantea que la adquisición de equipos refleje un comportamiento restrictivo; lo que en el acto administrativo de sanción se condena es el haber realizado una conducta tendiente a limitar la libre competencia a través de la abrogación de la prestación total del servicio por parte del agente distrital.

Es importante recordar que en desarrollo de la presentación que hizo DIEGO FERNANDO BRAVO BORDA ante el Concejo de Bogotá, en sesión del 10 de diciembre de 2012, en representación de la EAB manifestó que:

*“A su petición, les presento a continuación el diseño de la operación del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá, a cargo de la Empresa de Acueducto. **Para cada una de las seis zonas se ha establecido el mínimo de personas y equipos que garantizan la prestación de los servicios de recolección, transporte, barrido y limpieza y esta es la información de cómo se ha diseñado la prestación del servicio de aseo por parte de la Empresa a partir del 18 de diciembre del año en curso. El proceso de***

<sup>46</sup> Páginas 70 y 71 de la Resolución No. 25036 del 21 de abril de 2014.

HN

RESOLUCIÓN NÚMERO           - 5 3 7 8 8           DE 2014 Hoja N°. 75

*“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”*

Radicación No. 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

**vinculación de personal está muy avanzado y el proceso de adquisición de equipo, también lo está, contamos con diferentes tipos de ofertas de equipos para la transición, equipo que será alquilado.** También están listas y avanzadas las operaciones, la Empresa de Acueducto suscribió un convenio con su filial Aguas de Bogotá para atender la prestación del servicio en toda la ciudad de Bogotá; para ello, esta Administración requiere informar al Concejo, a la ciudadanía y a la opinión pública, que está lista para asumir íntegramente el servicio a partir del 18 de diciembre del año en curso<sup>47</sup>. (Subrayado y negrilla fuera del texto original).

De lo anterior es importante resaltar la preparación que se estaba gestando en la EAB para lograr cumplir con las funciones puestas en cabeza de ella a través del Convenio Interadministrativo No. 017 celebrado con la UAESP, especialmente la de asumir el monopolio del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá.

En este mismo sentido declaró JOSÉ ORLANDO RODRÍGUEZ GUERRERO, miembro de la Junta Directiva de la EAB, cuando en diligencia de interrogatorio<sup>48</sup> manifestó que:

***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”. (Subrayado y negrilla fuera del texto original).*

Sobre este particular es preciso destacar que la compra de equipos iba a representar la renovación de la flota para la prestación del servicio, la cual remplazaría los equipos que el DISTRITO esperaba que los concesionarios devolvieran. En este orden de ideas, si no se tenía la intención de prestar el 100% del servicio, ¿para qué se estudiaba la posibilidad de adquirir equipos que remplazaran los equipos que iban a devolver los concesionarios?

Por todo lo expuesto, los argumentos presentados en la Resolución recurrida se orientaron a demostrar que el objeto del agente distrital de prestar en su totalidad el servicio de aseo y complementarios en la Capital, así como impedir que terceros tuviesen la calidad de prestadores del servicio público, a menos que tuviesen autorización de la UAESP para el efecto.

#### **12.18. Sobre los argumentos relacionados con la exclusión de los grandes generadores en el mercado relevante.**

Es importante recalcar que la definición del mercado relevante elaborado por la Delegatura para la Protección de la Competencia, y sobre el cual se sancionaron las

<sup>47</sup> 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.

<sup>48</sup> Folios 6056 a 6057 del Cuaderno Público No. 29 del Expediente.

*"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"*

Radicación No. 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

conductas por parte de este Despacho, fue delimitado atendiendo a aquel segmento económico en el que concurrían oferentes y demandantes del servicio de aseo que estaban en condiciones similares de oferta y consumo. Así mismo, la delimitación tuvo en cuenta el segmento de la economía en el que confluían oferentes y demandantes que se vio afectado con las conductas desplegadas por los Investigados.

En ese sentido, no resulta procedente pretender incorporar al mercado relevante consumidores cuyas preferencias, condiciones de consumo, y escala, son absolutamente diferentes que la de los demandantes en el mercado afectado definido, más aún cuando éstos no se ven relacionados con la prestación del servicio público domiciliario de aseo y actividades complementarias. Así las cosas, los grandes generadores no hacen parte del mercado relevante objeto de la presente investigación y, por ende, argumentos relacionados con éstos no pueden ser tenidos en cuenta por esta Entidad. Tan no hacen parte del mercado relevante que los clientes de uno y otro tipo de servicio son absolutamente diferentes en cuanto a hábitos de consumo, escala del servicio, forma de prestación, etc. Pero incluso partiendo del hecho de que los grandes consumidores entran a hacer parte del mercado –cosa que es errada-, esto no cambiaría la sustancia de la conducta anticompetitiva desplegada por las investigadas.

#### **12.19. Sobre los argumentos relacionados con que la conducta sancionada incrementó la competencia**

Los Investigados manifestaron en el recurso de reposición que las conductas por las que se les sancionó tuvieron como consecuencia que los niveles de competencia se incrementaran, en la medida en que además de los operadores privados, actualmente se encuentran participando 7000 recicladores y un operador público. Según el anterior argumento, no es posible sancionar su conducta teniendo en cuenta que sus acciones generaron una expansión y no una restricción de la competencia.

Este Despacho rechazará este argumento por cuanto se fundamenta en dos supuestos falsos: i) que la mayoría de los agentes se mantuvieron en el mercado en condiciones favorables; y ii) se incorporaron 7000 nuevos agentes al mercado, como puede ser considerada la población recicladora.

Respecto a la primera premisa, es importante resaltar que no es acertado realizar un juicio superficial del mercado con fundamento en la cantidad de agentes que participan en el mismo, sin tener en cuenta la calidad y las condiciones con que se desarrolla dicha participación. Por consiguiente, si bien es cierto que varios de los operadores de aseo que desarrollaban su actividad con anterioridad a la implementación del modelo que se reprocha aún prestan sus servicios, también es cierto que la calidad con la que lo están haciendo los ha puesto en un estatus distinto e inferior al que tenían. Más importante aún, las condiciones en las cuales se encuentran en el mercado todos los agentes no fueron definidas en virtud del régimen de libre competencia sino por voluntad unilateral de uno de los agentes, cuestión de por sí es reprochable.

En efecto, con el esquema implementado los agentes del mercado están supeditados a la voluntad de la administración distrital, la cual se demostró que estaba encaminada a la monopolización del servicio de aseo en Bogotá y, en cualquier caso, a la marginalización

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

Radicación No. 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

de los demás competidores. En este sentido, la vinculación de los operadores privados se realizó atendiendo a las limitaciones iniciales del DISTRITO para satisfacer en su totalidad la prestación del servicio de aseo en la Capital, por lo que les entregó en forma temporal y en condición de meros subcontratistas, por el monto de participación que a bien tuvieran las investigadas, la operación del servicio en las zonas que estaban a su cargo.

En esa medida, tal y como se explicó en detalle en líneas anteriores, se recuerda que no es igual la calidad de los agentes privados en los escenarios *ex ante* y *ex post* a la implementación del nuevo sistema de aseo en Bogotá, por lo que su condición no puede asimilarse a la de un agente cuya posición no se ha visto afectada y cuya concurrencia al mercado no se ha inmutado.

Respecto al segundo punto, tampoco puede ser de recibo para este Despacho que la competencia se ha visto estimulada por la incorporación de 7000 agentes recicladores al mercado, pues como se ha expresado anteriormente, el factor reciclaje es un componente ya existente en la ciudad con anterioridad a la implementación del sistema *sub examine*. Así, este es apenas un componente de todo un mercado, por lo cual no se puede equiparar la inclusión de la población recicladora con la entrada de nuevos competidores al mercado.

En estos términos, no puede predicarse una estimulación de la competencia atribuible al actuar de los Investigados, sino por el contrario, debe mantenerse el reproche formulado con la Resolución de sanción recurrida, en los términos en ella expuestos.

#### **12.20. Sobre los argumentos relacionados con la existencia de impedimentos del Superintendente de Industria y Comercio y de algunos miembros del Consejo Asesor**

Los impugnantes señalaron que el Superintendente de Industria y Comercio Ad Hoc LUIS GUILLERMO VÉLEZ CABRERA debió declararse impedido en el presente caso, en razón a que actualmente se encuentra siendo investigado por la Procuraduría General de la Nación.

De igual manera, los impugnantes manifestaron reservas sobre el impedimento declarado por el Superintendente de Industria y Comercio, PABLO FELIPE ROBLEDO DEL CASTILLO, en la medida en que se declaró impedido sólo hasta el momento previo a la realización de la audiencia de presentación verbal de argumentos. Según los Investigados, la SIC señaló que tal impedimento no fue posible manifestarlo antes, dado que no se tenía conocimiento del mismo, lo cual es contrario a la realidad, dado que no se entiende cómo pudo el Superintendente tener una la relación de amistad con una persona que a su vez tenía relación con los operadores, pero sólo conocerla hasta la etapa de la audiencia.

En adición a lo anterior, los impugnantes señalaron que el Superintendente de Industria y Comercio tiene incidencia en las decisiones de la Delegatura, en razón a que el artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 señala que es función del Superintendente dirigir la SIC conjuntamente con los Superintendentes Delegados. Asimismo, el artículo 10 establece

W

RESOLUCIÓN NÚMERO - 5 3 7 8 8 DE 2014 Hoja N°. 78

*"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"*

Radicación No. 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

como función de los Delegados colaborar con el Superintendente de Industria y Comercio en la dirección de la Superintendencia y, en especial, en lo referente a las dependencias a su cargo.

En relación con la supuesta inhabilidad del Superintendente de Industria y Comercio Ad Hoc LUIS GUILLERMO VÉLEZ CABRERA, este Despacho considera pertinente reiterar los argumentos en virtud de los cuales la recusación interpuesta por GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO en contra del Superintendente de Industria y Comercio Ad Hoc fue rechazada de plano, los cuales son plenamente aplicables al alegato que aquí se presenta.

Así entonces, este Despacho considera relevante recordar que mediante comunicación radicada el **12 de diciembre de 2013** con el No. 1-2013-028508, el doctor PABLO FELIPE ROBLEDO DEL CASTILLO, Superintendente de Industria y Comercio, se declaró impedido ante el Ministro de Comercio, Industria y Turismo para decidir sobre la investigación por la presunta realización de prácticas restrictivas de la competencia, tramitada en la Superintendencia de Industria y Comercio bajo el No. 12-165930.

Por su parte 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. A raíz de la aceptación de este impedimento, 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. **Esto quiere decir que desde el 16 de enero de 2014, el doctor GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO tenía pleno conocimiento de que LUIS GUILLERMO VÉLEZ CABRERA había sido designado Superintendente Ad Hoc para decidir la investigación No. 12-165930 de la cual era parte investigada.**

El **13 de enero de 2014**, una vez culminó la etapa probatoria dentro de la investigación por la presunta comisión de prácticas restrictivas de la competencia radicada bajo el No. 12-165930, y se realizó la audiencia de descargos prevista en el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia presentó ante el Superintendente de Industria y Comercio Ad Hoc el "Informe Motivado", 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 como a las personas naturales investigadas, por haber infringido lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

El **7 de febrero de 2014**, y ya habiendo asumido LUIS GUILLERMO VÉLEZ CABRERA -como Superintendente de Industria y Comercio Ad Hoc- la competencia para tramitar y decidir la investigación No. 12-165930, GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO presentó una solicitud de nulidad del proceso No. 12-165930 ante el Superintendente de Industria y Comercio Ad Hoc. Dicha nulidad no tenía ninguna relación con el hecho de que LUIS GUILLERMO VÉLEZ CABRERA hubiese asumido el conocimiento del caso

W

RESOLUCIÓN NÚMERO - 5 3 7 8 8 DE 2014 Hoja N°. 79

*"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"*

Radicación No. 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

como Superintendente Ad Hoc, ni tampoco se manifestó ningún tipo de recusación dentro de esa actuación procesal.

Posteriormente, mediante comunicación radicada con el número 165930-455 del **14 de febrero de 2014**, el doctor GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO presentó un documento de ampliación de la solicitud de nulidad presentada el 7 de Febrero de 2014. A pesar de constituir esta la segunda actuación procesal de GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO ante el Superintendente Ad Hoc LUIS GUILLERMO VÉLEZ CABRERA, no formuló en su contra ninguna recusación por haber asumido el conocimiento de la investigación No. 12-165930, ni manifestó inconformidad alguna con la intervención de dicho funcionario en la actuación administrativa.

Por otra parte, el **10 de marzo de 2014**, GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO radicó ante la SIC una comunicación en la cual solicitaba una audiencia con el Superintendente Ad Hoc LUIS GUILLERMO VÉLEZ CABRERA. En dicha comunicación tampoco se manifestó recusación en su contra o inconformidad alguna frente a su intervención. Esta carta fue radicada con el No. 12-165930-463.

Posteriormente, mediante Resolución No. 25036 del **21 de abril de 2014**, el Superintendente de Industria y Comercio Ad Hoc, LUIS GUILLERMO VÉLEZ CABRERA, declaró que la UAESP, la EAB y AGUAS DE BOGOTÁ, actuaron en contravención a lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, e impuso sanciones pecuniarias a cada una de estas Entidades, de conformidad con lo establecido en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009. En la misma Resolución la SIC declaró que 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, incurrieron 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, por lo cual impuso las sanciones pecuniarias correspondientes de conformidad con las normas citadas.

El **9 de mayo de 2014**, GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO interpuso recurso de reposición en contra de la Resolución No. 25036 del 21 de abril de 2014, presentando los argumentos por los cuales estaba en desacuerdo con la misma. El recurrente en ningún momento manifestó allí que el Superintendente Ad Hoc debió declararse impedido para decidir el caso en cuestión en la medida en que tenía una investigación en la Procuraduría General de la Nación, hecho que por demás no se encuentra contemplado como causal de impedimento.

Mediante escrito radicado el **16 de junio de 2014**, es decir **6 meses después de que LUIS GUILLERMO VÉLEZ CABRERA fuese designado como Superintendente Ad Hoc para decidir la investigación No. 12-165930**, GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO presentó recusación en contra de dicho funcionario, con el fin de que "se declare IMPEDIDO para resolver el recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución No. 25036 del 21 de abril de 2014, a través de la cual decidió sancionarme por supuestas prácticas restrictivas a la competencia, y proceda en consecuencia al envío

W

RESOLUCIÓN NÚMERO     - 5 3 7 8 8     DE 2014 Hoja N°. 80

*“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”*

Radicación No. 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

del expediente al Señor Ministro de Industria, Comercio y Turismo (sic) para que designe un nuevo Superintendente de Industria y Comercio Ad-hoc que decida imparcialmente el recurso”. La anterior petición fue realizada por GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO con fundamento **“en lo dispuesto en los artículos 150 del Código de Procedimiento Civil y 141 del Código General del Proceso”**<sup>49</sup> y **“11 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”**. (Subrayas fuera del texto original). Nótese como el propio solicitante sustentó su recusación, entre otras, en el artículo 150 del Código de Procedimiento Civil.

La anterior recusación fue presentada por GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO solo hasta el 16 de junio de 2014, muy a pesar de que el Superintendente Ad Hoc LUIS GUILLERMO VÉLEZ CABRERA había asumido el conocimiento del caso 6 meses antes, y de que el mismo solicitante había realizado 4 actuaciones procesales frente al Superintendente Ad Hoc, sin que hubiese formulado recusación. Más aún, la recusación presentada por GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO fue formulada después de haber sido impuesta una sanción al solicitante, y no antes como debió corresponder.

Mediante Resoluciones Nos. 32186 de 2014 y 32896 de 2014, el Superintendente de Industria y Comercio Ad Hoc rechazó por improcedente la recusación formulada por GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO, teniendo en cuenta que el solicitante, sin formular recusación, actuó dentro del trámite administrativo después de que el Superintendente de Industria y Comercio Ad Hoc, LUIS GUILLERMO VÉLEZ CABRERA, había asumido conocimiento del mismo. El anterior rechazo de plano se fundamentó en las normas procesales que establecen que **“[n]o podrá recusar quien, sin formular recusación, haya hecho cualquier gestión en el proceso después de que el juez haya asumido conocimiento, si la causal invocada fuere anterior a dicha gestión, ni quien haya actuado con posterioridad al hecho que motiva la recusación. En estos casos la recusación debe ser rechazada de plano.”**<sup>50</sup> (Subrayas y negrilla fuera de texto)

Posteriormente, mediante escritos radicados los días 5 de junio de 2014 y 10 de junio de 2014, GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO solicitó la nulidad de las Resoluciones Nos. 32186 de 2014 y 32896 de 2014, argumentando que el Superintendente de Industria y Comercio Ad Hoc no podía rechazar por improcedente la formulación de recusación presentada por aquel, de conformidad con el artículo 12 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA). Para el doctor PETRO URREGO, el Superintendente Ad Hoc debió tramitar el impedimento de acuerdo con el artículo 12 del CPACA, y enviarlo a su superior jerárquico para que decidiera sobre el mismo. Dichas solicitudes de nulidad, así como una solicitud de revocatoria directa de dichas resoluciones presentada por el doctor PETRO URREGO, fueron negadas por el Superintendente de Industria y Comercio Ad Hoc. Lo anterior tomando en consideración los siguientes argumentos:

<sup>49</sup> Página 1 del memorial de formulación de recusación radicado el 16 de mayo de 2014, en las oficinas de la Superintendencia de Sociedades, bajo el No. 2014-01-250901.

<sup>50</sup> Artículo 151 del Código de Procedimiento Civil, replicado por el artículo 142 del Código General del Proceso.

RESOLUCIÓN NÚMERO 53788 DE 2014 Hoja N°. 81

*“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”*

Radicación No. 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

La Ley 1437 de 2011, que es norma especial para los trámites administrativos, regula dos aspectos de los impedimentos que se formulen a un servidor público que adelanta una actuación administrativa: i) las causales de impedimento y recusación (artículo 11 del CPACA); y ii) la formulación y el trámite de los impedimentos y recusaciones (artículo 12 del CPACA).

Nótese que el CPACA en ninguna parte regula la “oportunidad y procedencia de la recusación”, lo cual constituye un vacío o un aspecto no contemplado por este código.

Por su parte, el Código de Procedimiento Civil (CPC), que cuenta con un capítulo sobre impedimentos y recusaciones, regula tres aspectos frente a este tema: i) las causales de impedimento y recusación (Artículo 150); ii) la formulación y trámite de la recusación (artículo 152); y iii) **la oportunidad y procedencia de la recusación (artículo 151)**. Nótese que mientras el CPACA no regula la oportunidad y procedencia de la recusación, presentando así un vacío o un aspecto no abordado por dicho cuerpo normativo, el CPC sí lo hace, y, por consiguiente, contempla un tratamiento completo sobre la materia. Lo anterior puede ser ilustrado de mejor forma a través de la siguiente tabla:

Código de Procedimiento Administrativo	Código de Procedimiento Civil
Causales de impedimentos y recusaciones	Causales de impedimentos y recusaciones
Formulación y trámite de impedimentos y recusaciones	Formulación y trámite de impedimentos y recusaciones
	Oportunidad y procedencia de la recusación

Al no haber el CPACA regulado un aspecto de los trámites de la recusación, como es el de la oportunidad y procedencia de la misma, es necesario acudir a una norma que regule casos o materias semejantes, lo cual hace el CPC en su artículo 151. En efecto, el artículo 8 de la Ley 153 de 1887 señala que **“[c]uando no hay ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos ó materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho.”**

Teniendo en cuenta que el CPACA no tiene una regla aplicable al caso del doctor PETRO URREGO, ni al de los demás proponentes de recusaciones o argumentos sobre impedimentos, en la medida en que no establece qué pasa en los eventos en que quien formula la recusación ha realizado varias actuaciones procesales dentro del mismo proceso frente al funcionario al que posteriormente recusa, es necesario acudir a aquella ley que regule el caso o materia semejante, es decir al CPC que sí regula la oportunidad y procedencia de las recusaciones, todo conforme al artículo 8 de la Ley 153 de 1887.

Nótese como la aplicación de las “leyes que regulen casos o materias semejantes”, de acuerdo con el artículo 8 de la Ley 153 de 1987, no es optativa sino que **es obligatoria para el funcionario**, en la medida en que dicha norma establece que “[c]uando no hay

W

*"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"*

Radicación No. 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

ley exactamente aplicable al caso controvertido, **se aplicarán** las leyes que regulen casos ó materias semejantes (...)", y no que cuando no hay ley exactamente aplicable **se podrán** aplicar las leyes que regulen casos semejantes. De esta forma, es claro que es obligatorio en este caso aplicar el CPC, en especial su artículo 151, que sí contiene una norma exactamente aplicable al caso concreto.

Si bien lo anterior es suficiente para aplicar el artículo 151 del CPC al caso del doctor PETRO URREGO y los demás investigados, debe señalarse también que el artículo 306 del CPACA precisa que *"[e]n los aspectos no contemplados en este código se seguirá el Código de Procedimiento Civil en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la jurisdicción de lo contencioso administrativo."* Así, es claro que en caso de existir un vacío en el CPACA, como ocurre en el caso de la oportunidad y procedencia de la recusación, debe acudirse al CPC para llenar el vacío normativo.

El hecho de que el artículo 306 mencione que el seguimiento del CPC se produce en aquello que sea compatible con la naturaleza de las actuaciones de la jurisdicción contenciosa no es óbice para excluir la aplicación del CPC también a las actuaciones administrativas. Lo anterior en la medida en que la necesidad de la remisión se produce por un vacío de **carácter procesal** en el CPACA -vacío que regula íntegramente el CPC, lo cual por sí mismo obliga al intérprete a remitirse a esta norma-. Más aún, asumir que por ser un vacío procesal en un trámite administrativo no puede el intérprete acudir al CPC sería tan absurdo como afirmar que ante un vacío procesal en la parte primera del Código, el caso o bien no tiene solución, o tiene la que el intérprete le quiera dar; u obliga a saltar a otros ordenamientos jurídicos (como la Constitución), que no regulan expresamente la materia. Tal interpretación es a todas luces desacertada.

Por las anteriores razones, al no regular el CPACA la oportunidad y procedencia de la recusación (es decir no tenga una norma exactamente aplicable al caso concreto en los términos del artículo 8 de la Ley 153 de 1887), y específicamente al no señalar qué ocurre cuando quien formula la recusación ha actuado varias veces dentro del proceso después de que su recusado hubiese asumido competencia, es claro que el artículo 151 del CPC debe ser aplicado al presente caso, para así llenar el vacío legal que se presenta en el CPACA.

Al hacer una remisión al CPC para buscar la ley exactamente aplicable al caso concreto (a la recusación formulada por el doctor PETRO URREGO y los argumentos de los demás investigados), se encuentra que frente a la procedencia de la recusación, el artículo 151 del CPC señala que ***"[n]o podrá recusar quien, sin formular recusación, haya hecho cualquier gestión en el proceso después de que el juez haya asumido conocimiento, si la causal invocada fuere anterior a dicha gestión, ni quien haya actuado con posterioridad al hecho que motiva la recusación. En estos casos la recusación debe ser rechazada de plano."*** (Subrayas y negrita fuera de texto)

Tal y como se mencionó en párrafos anteriores, GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO y otros investigados adelantaron las siguientes actuaciones procesales dentro del trámite administrativo de la referencia, con posterioridad a que el Superintendente Ad Hoc LUIS GUILLERMO VÉLEZ CABRERA asumiera el conocimiento del asunto, y sin

W

RESOLUCIÓN NÚMERO 5 3 7 8 8 DE 2014 Hoja N°. 83

*"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"*

Radicación No. 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

formular recusación: i) solicitud de nulidad radicada el 7 de febrero de 2014, ii) ampliación de la solicitud de nulidad radicada 14 de febrero de 2014; iii) carta radicada con el número 12165930-463 del 10 de marzo de 2014, en la que GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO y otros investigados solicitaban una audiencia con el después recusado; iv) recurso de reposición interpuesto el 9 de mayo de 2014 en contra de la Resolución 25036 de 2014.

Así, es claro que GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO y otros investigados realizaron varias gestiones en el proceso después de que LUIS GUILLERMO VÉLEZ CABRERA asumió conocimiento del mismo, sin que hubiese formulado recusación. Esto, por sí mismo, hace **improcedente** la recusación en los términos del artículo 151 del CPC, el cual impone como efecto el rechazo de plano de la solicitud, como bien se hizo en la resolución cuya revocatoria hoy se solicita. De esta forma, es claro que la recusación era absolutamente improcedente y debía ser rechazada de plano, lo cual se hizo de forma legal en la resolución reprochada. Así, no podía darse trámite a la recusación, enviando la misma al superior jerárquico, en la medida en que la misma debía, por ley y obligatoriamente, ser rechazada de plano, cuestión que implica que la misma ni siquiera puede entrar a trámite o valoración de fondo.

Si bien los anteriores argumentos son suficientes para no haber aplicado el artículo 12 del CPACA sino el 151 del CPC en el trámite de la referencia, este Despacho debe resaltar que en el presente caso GUSTAVO FRANCISCO PETRO URREGO y los demás investigados reprocharon la participación del Superintendente Ad Hoc casi seis meses después de que el funcionario LUIS GUILLERMO VÉLEZ CABRERA hubiese asumido conocimiento del asunto, y solo hasta que tuvo una decisión desfavorable en sede administrativa, cuestión que muestra la configuración de la conducta procesal que precisamente el artículo 151 del CPC quiso evitar. Es decir, que las personas actúen dentro de los procesos, y solo cuando obtengan una decisión que les sea desfavorable recusen a quien les impuso una sanción o sentencia adversa.

Por las anteriores razones era procedente, según fue explicado, el rechazo de plano de la recusación y de los argumentos sobre supuestos impedimentos del Superintendente Ad Hoc, los cuales se reiteran en esta Resolución, teniendo en cuenta que los administrados realizaron varias actuaciones procesales frente al Superintendente Ad Hoc sin haber formulado recusación, cuestión que, según establece el artículo 151 del CPC que regula este caso específico, conlleva a un rechazo de plano.

Frente a los argumentos relacionados con el impedimento del Superintendente de Industria y Comercio, PABLO FELIPE ROBLEDO DEL CASTILLO, este Despacho reitera lo afirmado en la Resolución No. 25036 de 2014, en el sentido que la relación entre el Superintendente de Industria y Comercio y un vocero de uno de los operadores fue la causa por la que se declaró impedido en la presente actuación administrativa, lo cual fue comunicado 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.

W

*“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”*

Radicación No. 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

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 la identidad del vocero de uno de los operadores. Al no haber conocido el impedimento con anterioridad no pudo declararse impedido sino hasta que efectivamente lo hizo.

Ahora bien, es preciso aclarar que el impedimento del Superintendente PABLO FELIPE ROBLEDO DEL CASTILLO se fundamenta en la relación de amistad que tiene con el vocero de uno de los operadores, pero no con uno de los operadores, o su representante legal o accionista, tal como pretenden hacer creer los Investigados.

En efecto, a continuación se transcriben los hechos que fundamentaron el impedimento del Superintendente de Industria y Comercio, PABLO FELIPE ROBLEDO DEL CASTILLO, tal y como fueron presentados ante el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. Nótese que el Superintendente de Industria y Comercio no conoció sobre la vinculación de JUAN PABLO ESTRADA SÁNCHEZ con LIME y ASEO CAPITAL, sino hasta el día 11 de diciembre de 2013, cuando JUAN PABLO ESTRADA SÁNCHEZ manifestó en una entrevista realizada por la emisora W RADIO que era vocero de LIME y ASEO CAPITAL.

*“1.8. Que el 11 de diciembre de 2013, mediante entrevista realizada por la emisora W RADIO, el doctor JUAN PABLO ESTRADA SÁNCHEZ, quien manifestó ser vocero de LIME y ASEO CAPITAL, explica los detalles relacionados con el cambio del sistema de aseo y lo ocurrido desde septiembre de 2012 en adelante en relación con los cambios en el nuevo esquema de recolección de basuras de Bogotá.*

*1.9. Que el doctor JUAN PABLO ESTRADA SÁNCHEZ, abogado de profesión, NO es representante legal de ninguna de las empresas o personas investigadas en el asunto de la referencia (Expediente No. 12-165930), ni miembro de sus juntas directivas u órganos de administración, como tampoco de ninguno de los denunciantes o terceros interesados reconocidos, ni de las empresas recolectoras de basuras de Bogotá.*

*1.10. Que el doctor JUAN PABLO ESTRADA SÁNCHEZ, abogado de profesión, NO es apoderado de ninguna de las empresas o personas investigadas en el asunto de la referencia (Expediente No. 12-165930), como tampoco de ninguno de los denunciantes o terceros interesados reconocidos, ni de las empresas recolectoras de basuras de Bogotá.*

*1.11. Que desde hace 25 años, aproximadamente, tengo una amistad entrañable con el doctor JUAN PABLO ESTRADA SÁNCHEZ, quien conforme a lo explicado en los numerales anteriores, puede tener algún eventual interés, en su condición de vocero de LIME y ASEO CAPITAL, en la decisión que adopte el Superintendente de Industria y Comercio respecto de las solicitudes de medidas cautelares en la investigación que se tramita bajo el No. 12-165930, así como en cualquier otra decisión que se deba adoptar dentro de la misma, como por ejemplo, la eventual exoneración de los investigados o la eventual sanción de los mismos, por la presunta violación a las normas de libre competencia a que se contrae la actuación administrativa. (...)*

Ahora bien, en cuanto a la incidencia que el Superintendente de Industria y Comercio tiene en la Delegatura, debe advertirse que el trámite administrativo por presuntas prácticas restrictivas de la competencia está reglamentado en el artículo 52 del Decreto

*W*

*"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"*

Radicación No. 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

2153 de 1992<sup>51</sup>, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012. Estas normas establecen que dicha actuación se decide en una sola instancia compuesta por una etapa de instrucción y recomendación en cabeza del Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia y otra de juzgamiento en cabeza del Superintendente de Industria y Comercio. Así, el Superintendente de Industria y Comercio no interviene, ni tiene competencia para hacerlo, en ningún momento de la etapa de instrucción y recomendación adelantada por la Delegatura.

Por otra parte, los Investigados manifestaron en los siguientes términos que el Consejo Asesor no pudo haber emitido unánimemente un concepto en favor de la sanción:

*"No sobra señalar que el Consejo Asesor, contrario a lo manifestado por la SIC en, en la Resolución No. 25036 de 2014, no pudo haber emitido un concepto a favor de la sanción de manera "unánime", habida cuenta que dos de sus miembros se declararon impedidos para asumir el estudio y análisis del informe motivado (los doctores Edgardo Villamil Portilla y Guillermo Perry)."*

Frente a este argumento, debe precisarse que no obstante dos de los miembros del Consejo Asesor que tuvo lugar el día 7 de abril de 2014 manifestaron encontrarse impedidos para conocer de la investigación, los tres miembros que asistieron al Consejo Asesor y que conformaron el quórum deliberatorio y decisorio votaron unánimemente por imponer una sanción a los investigados por haber infringido el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

Finalmente, los Investigados manifestaron en los siguientes términos que no se habría resuelto la solicitud de nulidad formulada ante este Despacho el 7 de febrero de 2014,

<sup>51</sup> **ARTICULO 52. PROCEDIMIENTO.** Para determinar si existe una infracción a las normas de promoción a la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que se refiere este decreto, la Superintendencia de Industria y Comercio deberá iniciar actuación de oficio o par su solicitud de un tercero y en caso de considerarla admisible y prioritaria, adelantar una averiguación preliminar, cuyo resultado determinará la necesidad de realizar una investigación.

*Cuando se ordene abrir una investigación, se notificará personalmente al investigado para que en los veinte (20) días hábiles siguientes solicite o aporte las pruebas que pretenda hacer valer. Durante la investigación se practicarán las pruebas solicitadas y las que el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia considere procedentes.*

*Instruida la investigación el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia citará, por una sola vez, a una audiencia dónde los investigados y terceros reconocidos dentro del trámite presentarán de manera verbal los argumentos que pretendan hacer valer respecto de la investigación. La inasistencia a dicha audiencia no será considerada indicio alguno de responsabilidad.*

*Una vez se ha desarrollado la audiencia verbal, el Superintendente Delegado presentará ante el Superintendente de Industria y Comercio un informe motivado respecto de si ha habido una infracción. De dicho informe se correrá traslado por veinte (20) días hábiles al investigado y a los terceros interesados reconocidos durante el trámite.*

*Si la recomendación del informe motivado considera que no se cometió infracción alguna, el Superintendente de Industria y Comercio podrá acoger integralmente los argumentos del informe motivado mediante acto administrativo sumariamente sustentado.*

*Durante el curso de la investigación, el Superintendente de Industria y Comercio podrá ordenar la clausura de la investigación cuando a su juicio el presunto infractor brinde garantías suficientes de que suspenderá o modificará la conducta por la cual se le investiga."*



RESOLUCIÓN NÚMERO - 5 3 7 8 8 DE 2014 Hoja N°. 87

*“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”*

Radicación No. 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

*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 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*



*“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”*

Radicación No. 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

*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.<sup>53</sup> 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 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.<sup>54</sup>*

*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)*

<sup>53</sup> 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.

<sup>54</sup> Folios 2215 a 2234 del Cuaderno Público No. 11 del Expediente.

W

*“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”*

Radicación No. 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

*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 acerbo 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.***

*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.*

*“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”*

Radicación No. 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

*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 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.**”<sup>[1]</sup> (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”<sup>[2]</sup>, que impiden que el Estado utilice su poder punitivo para obligar a una persona a declarar contra sí misma o contra sus*

[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.

LN

*“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”*

Radicación No. 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

*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.”<sup>55</sup>*

### **12.21. Sobre los argumentos relacionados con la conducta de AGUAS DE BOGOTÁ**

En su recurso de reposición, AGUAS DE BOGOTÁ manifestó que en su caso particular debería considerarse, a efectos de redosificar la sanción impuesta, el hecho que nunca diseñó o implementó el modelo de esquema de recolección de basuras de Bogotá, sino por el contrario, se limitó a realizar actividades operativas para la prestación del servicio de aseo y sus actividades complementarias. En el mismo sentido, señaló que como operador la conducta de AGUAS DE BOGOTÁ nunca pudo afectar el mercado y menos generar un impacto restrictivo a la entrada de posibles competidores.

Por último, indicó que dada su condición de operador, nada explica la razón por la cual no hayan sido sancionados los demás operadores, lo cual es un trato desigual y prueba de la falta de imparcialidad de la SIC frente al DISTRITO.

Frente a estos argumentos, este Despacho considera que resulta abiertamente desacertado equiparar la conducta de AGUAS DE BOGOTÁ con la de los operadores (antes prestadores) del servicio público de aseo en Bogotá, que se vieron afectados con las acciones desplegadas por los investigados descritas en detalle en la Resolución de sanción.

En efecto, la afirmación de AGUAS DE BOGOTÁ debe desestimarse al estar plenamente demostrado en la actuación administrativa que dicha empresa está controlada por el DISTRITO a través de la EAB, y que, tal y como quedó demostrado en la Resolución de sanción, su papel en las conductas investigadas constituyó un eslabón esencial dentro de la estrategia anticompetitiva para hacerse con el mercado y excluir y/o obstaculizar a sus participantes. Del mismo modo, se reitera que se encuentra acreditado en el expediente que a diferencia de AGUAS DE BOGOTÁ, la calidad de *operadores* que asumieron las empresas privadas que venían prestando el servicio en Bogotá fue impuesta por los Investigados al no permitirles otra alternativa, a riesgo de ser excluidos totalmente del mercado.

No obstante lo anterior, para este Despacho no es ajena la situación particular de AGUAS DE BOGOTÁ en las conductas investigadas, en la medida en que si bien está demostrada su participación como ejecutor de la conducta, su margen de maniobrabilidad y decisión estaría reducido al tratarse de una empresa controlada por la EAB. En tal virtud, el Despacho accederá a la solicitud de redosificación de la sanción para AGUAS DE BOGOTÁ disminuyéndola en un 40%, para lo cual determina imponerle una multa de MIL

<sup>55</sup> Páginas 146 a 152 de la Resolución No. 25036 de 2014.

W

*"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"*

Radicación No. 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

TRESCIENTOS TREINTA MILLONES QUINIENTOS SESENTA MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$1.330.560.000), equivalentes a dos mil ciento sesenta salarios mínimos mensuales legales vigentes (2.160 SMMLV).

#### **12.22. Sobre los argumentos relacionados con la conducta de HENRY ROMERO TRUJILLO.**

Revisados los argumentos planteados por los recurrentes respecto a la conducta endilgada a HENRY ROMERO TRUJILLO, este Despacho se permite hacer las siguientes consideraciones:

Es cierto que HENRY ROMERO TRUJILLO no suscribió los estudios previos de contratación directa del 29 de junio de 2011, como se había afirmado en la Resolución recurrida, pero sí es signatario, en calidad de Director General (E) de la UAESP, de los estudios previos elaborados el 1 de octubre de 2012 en los que se soportó la decisión de celebrar el Contrato No. 17 de 2012.

Es importante aclarar que la confusión que se presentó en la Resolución de Sanción respecto los estudios previos suscritos por HENRY ROMERO TRUJILLO se debió a un error mecanográfico de los documentos aportados por la misma UAESP a través de su radicado 20137011012431 del 16 de octubre de 2013<sup>56</sup>, pues como puede verse, cada página del documento elaborado el 1 de octubre de 2012 tiene en su recuadro superior la fecha "29/06/2011".

Consecuentemente, en nada cambia el concepto de responsabilidad que rindió esta Superintendencia sobre el actuar que se le atribuye a HENRY ROMERO TRUJILLO en contravención del régimen de protección de la competencia, aunado a lo ya explicado a lo largo de esta Resolución.

#### **12.23. Sobre los argumentos relacionados con la conducta de ALBERTO JOSÉ MERLANO ALCOCER**

No son de recibo los argumentos planteados por los recurrentes respecto a que la asesoría prestada por ALBERTO JOSÉ MERLANO ALCOCER en su calidad de asesor de la Alcaldía Mayor era de naturaleza general y que no se relacionaba con el establecimiento de estrategias destinadas a afectar la competencia, pues como se expresó en la Resolución recurrida, este Despacho indicó que:

*(...) 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 interrogatorio practicado el 21 de octubre de 2013<sup>57</sup>. 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:*

<sup>56</sup> Folio 6066 del Cuaderno Público No. 29 del Expediente.

<sup>57</sup> Folios 6237 a 6249 del Cuaderno Público No. 30 del Expediente.

HN

*“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”*

Radicación No. 12-165930

**VERSIÓN ÚNICA**

**“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 estuvo 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”<sup>58</sup>.*

Así las cosas, la participación de ALBERTO JOSÉ MERLANO ALCOCER como asesor de la Alcaldía Mayor se relacionaba, entre otros temas, con cuestiones sobre el modelo de prestación del servicio de aseo en Bogotá, aunado a su participación en calidad de miembro de Junta Directiva de la EAB; de la cual fue nombrado gerente en 2013.

Así las cosas, la responsabilidad endilgada a ALBERTO JOSÉ MERLANO ALCOCER se fundamenta en sus calidades de asesor de la Alcaldía Mayor, Miembro de Junta de la EAB y posteriormente gerente de la EAB.

Ahora bien, respecto a los argumentos esgrimidos sobre la supuesta errónea incorporación de la frase *“para el momento de los hechos”* al título de gerente de la EAB cuando se establecían las sanciones a imponer a las personas naturales en el Acto Administrativo sancionatorio, este Despacho recuerda que los actos reprochados no se

<sup>58</sup> Hoja 130 a 131 de la Resolución No. 25036 del 21 de abril de 2014.

W



*"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"*

Radicación No. 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

AGUAS DE BOGOTÁ se empoderó de una posición que le permitía interrumpir la afectación a la libre competencia en el mercado que se venía imponiendo, y con ello dar un paso al lado respecto de la vulneración del régimen de protección de la competencia, incluyendo las disposiciones especiales del sector; o de no poder hacerlo, exteriorizar sus actos y declaraciones al desacuerdo con lo que se presentaba así como la adopción de medidas tendientes a restaurar la competencia en el mercado.

Así las cosas, no es cierto que la actuación de RICARDO AGUDELO SEDANO no estuviera relacionada con ninguna de las decisiones adoptadas, pues dentro de las decisiones adoptadas por él se encuentra la prórroga del contrato que hizo parte de las conductas desplegadas para restringir la competencia, sin que se evidenciara ningún acto tendiente a eliminar la afectación o riesgo de la competencia en el mercado del servicio de aseo y complementarios en Bogotá.

No obstante, si bien lo manifestado implica la responsabilidad del individuo en la conducta imputada, este Despacho reconoce la procedencia de la petición subsidiaria planteada respecto a la atenuación de la sanción impuesta, teniendo en cuenta el grado de participación del sancionado en la conducta. Así, considerando la participación efectiva del Investigado en la vulneración de la normatividad, decide disminuir la sanción impuesta por 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); por una multa de DIECINUEVE MILLONES SETECIENTOS DOCE MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$19'712.000), equivalentes a treinta y dos salarios mínimos mensuales legales vigentes (32 SMMLV).

#### **12.25. Sobre los argumentos relacionados con la conducta de NELLY MOGOLLÓN MONTAÑEZ**

No comparte este Despacho los argumentos planteados por NELLY MOGOLLÓN MONTAÑEZ respecto a la indefinición de la norma transgredida, pues la Resolución recurrida es muy clara en indicar que la imposición de la respectiva sanción atiende a que tanto ella como las demás personas naturales *"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."*<sup>61</sup>

Teniendo en cuenta lo anterior, esta Entidad identificó de manera clara que la vulneración del tipo administrativo se configura en los verbos rectores de colaborar, facilitar, autorizar, ejecutar y/o tolerar la comisión de la conducta restrictiva de la competencia imputada a las personas jurídicas por la violación del artículo 1 de la Ley 155 de 1959, así como los principios establecidos en la Ley 142 de 1994 y la Constitución Política de Colombia en su artículo 365.

<sup>61</sup> Hoja 158 de la Resolución No. 25036 del 21 de abril de 2014.

W

RESOLUCIÓN NÚMERO 5 3 7 8 8 DE 2014 Hoja N°. 97

*"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"*

Radicación No. 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

En estos términos, es necesario entender que la responsabilidad de las personas naturales se sustenta en el actuar de estos individuos para que las personas jurídicas, quienes no pueden actuar sin la interacción de una persona natural, consumaran las conductas proscritas por la legislación nacional en materia de competencia.

Por su parte, el Despacho difiere de lo manifestado por los recurrentes respecto a la no aplicación de los elementos establecidos en el Artículo 26 de la Ley 1340 de 2009 para la dosificación de la sanción a imponer, pues partiendo de la conclusión de responsabilidad a la que llegó la SIC en el Acto Administrativo que se recurre<sup>62</sup>; la Entidad adelantó un proceso de dosificación de la sanción aplicando su experiencia y sana crítica, y sobre todo, atendiendo los criterios de dosificación fijados en la Ley.

Ahora bien, respecto a la consideración de la imposición de la multa en atención a la remuneración percibida por ella en ejercicio de sus labores en el cargo que ocupó durante el acaecimiento de la conducta, esta Superintendencia expone su discrepancia frente a la intención de que la sanción deba ser proporcional al ingreso percibido por la persona sancionable en el periodo de los hechos, pues si bien la capacidad económica de una persona es sin duda uno de los criterios fundamentales para dosificar la sanción, no es la única que se debe tener en cuenta para determinar el monto de la misma, sobre todo considerando que las sanciones administrativas no tienen carácter redistributivo o compensatorio, sino punitivo y disuasorio. En este caso, se tuvieron en cuenta múltiples aspectos que resultaban pertinentes al momento de dosificar la sanción, como el caso del mercado afectado con la conducta, la participación de la investigada, los efectos sobre otros competidores, el nivel de intervención de cada uno de los actores, el grado de colaboración procesal, entre otros.

**12.26. Sobre los argumentos relacionados con la ausencia de motivación en la dosificación de las sanciones impuestas.**

No son de recibo los argumentos planteados por los Investigados respecto a la ausencia de implementación de los criterios de dosificación en las sanciones impuestas a cada uno de ellos; pues como se expresó en la Resolución No. 25036 de 2014:

*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 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:*

<sup>62</sup> "Si bien se desprende de lo anterior que NELLY MOGOLLÓN MONTAÑÉZ 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." Hoja 136 de la Resolución No. 25036 del 21 de abril de 2014.

W

*“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”*

Radicación No. 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

*“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”<sup>63</sup>.*

La Ley 1340 de 2009 brinda a la Superintendencia un listado de criterios que se asocian a la medición de la proporcionalidad de una sanción tanto para personas naturales como jurídicas. Lo anterior, no implica que con esos criterios se agote la aplicación del principio de proporcionalidad, pues cada caso conlleva la consideración de las condiciones de mercado, la conducta perpetrada, y en general, los elementos endógenos y exógenos del actuar de las personas investigadas, permitiendo a la Superintendencia, en ejercicio de la sana crítica y los parámetros legales, la determinación del monto de la sanción para cada uno de los Investigados aplicando criterios adicionales a los fijados en la ley.

En este sentido, la Resolución recurrida incluyó<sup>64</sup>, dentro de su análisis, dos capítulos independientes en el que se analizó el principio de proporcionalidad de las sanciones a imponer, tanto a personas jurídicas como naturales.

Así, respecto de la dosificación de la sanción de las personas jurídicas investigadas, la Resolución No. 25036 de 2014 señaló lo siguiente:

*“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:*

- *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.*

<sup>63</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-125 de 2003.

<sup>64</sup> Numeral 15 de la parte motiva Resolución No. 25036 del 21 de abril de 2014. Contenido entre las hojas 153 y 157.

RESOLUCIÓN NÚMERO - 5 3 7 8 8 DE 2014 Hoja N°. 99

*“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”*

Radicación No. 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

- *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 párrafo 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.<sup>65</sup>*

En efecto, al momento de imponer las sanciones este Despacho tuvo en cuenta todos y cada uno de los elementos de ponderación que la Ley y el principio de proporcionalidad exigen. Así las cosas, las sanciones impuestas reflejaban un porcentaje razonable de los ingresos operacionales de las sancionadas: para el caso de la **EAB su multa representa el 4.65% de sus ingresos operacionales** para 2011<sup>66</sup>, para **AGUAS DE BOGOTÁ, su multa ajustada con la presente resolución representa el 16.9% se sus ingresos aprobados** para la vigencia 2013<sup>67</sup> y para la **UAESP su multa representa el 10.62% de sus ingresos operacionales** para 2011<sup>68</sup>.

Respecto de las personas naturales, la Resolución No. 25036 de 2014 fundamentó la sanción impuesta en pruebas fehacientes obrantes en el expediente que evidencian la participación activa u omisiva de cada una de las personas naturales investigadas, y adicionalmente señaló lo siguiente:

*“En el caso concreto se ha establecido que las personas naturales investigadas colaboraron, facilitaron, autorizaron, ejecutaron y toleraron la realización de una práctica*

<sup>65</sup> Páginas 154 y 155 de la Resolución No. 25036 de 2014.

<sup>66</sup> Folio 1628 en Cuaderno Reservado No. 1 del Expediente.

<sup>67</sup> Folio 1690 del Cuaderno 9 del Expediente.

<sup>68</sup> Folio 1874 del Cuaderno Reservado No. 2 del Expediente.

RESOLUCIÓN NÚMERO - 5 3 7 8 8. DE 2014 Hoja N°. 100

*“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”*

Radicación No. 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

*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.”<sup>69</sup>*

Por lo anterior, y recalcando el carácter particular de la aplicación del principio de proporcionalidad (cada conducta debe ser valorada y calificada), no es posible que la Superintendencia exponga criterios automatizados cuyos valores desatiendan el modo, tiempo y lugar en el que se presentan las conductas reprochadas, así como los efectos que cada una de ellas representa en los distintos mercados que se afectan. Todo lo contrario, la Ley le exige a la SIC aplicar los criterios de los artículos 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009 al momento de dosificar una sanción, sin que sea posible aplicar tablas o criterios automáticos que no atiendan a cada caso concreto.

Por lo demás, debe anotarse que las sanciones impuestas a las personas naturales representan porcentajes bastante bajos respecto a las multas interpuestas a las personas jurídicas relacionadas, a saber:

NOMBRE	SANCIÓN	PORCENTAJE
MERLANO ALCOCER ALBERTO JOSÉ	\$240'240.000	0.39%
BRAVO BORDA DIEGO	\$410'256.000	0.67%
PETRO URREGO GUSTAVO FRANCISCO	\$410'256.000	0.67%
ROMERO TRUJILLO HENRY	\$40'040.000	0.22%
MOGOLLÓN MONTAÑEZ NELLY	\$160'160.000	0.90%
AGUDELO SEDANO RICARDO	\$19'712.000	1.48%
ÁLVAREZ ULLOA MARIO	\$65'296.000	4.91%
MALDONADO COPELLO MARÍA MERCEDES	\$65'296.000	0.11%
ARDILA CALDERÓN GERARDO IGNACIO	\$65'296.000	0.11%
RODRIGUEZ GUERRERO JOSÉ ORLANDO	\$65'296.000	0.11%

Así, para este Despacho es claro que la SIC aplicó los criterios establecidos en el artículo 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009 al momento de dosificar las sanciones, razón por la cual cumplió con todos los parámetros establecidos en el régimen legal de protección de la competencia para establecer las multas aplicables y los principios propios de la proporcionalidad de las sanciones.

**12.27. Sobre la solicitud de de ampliar el plazo para el acatamiento de la orden impartida en el artículo 4 de la Resolución No. 25036 de 2014**

Los Investigados solicitaron en el recurso de reposición que se extienda de seis a catorce meses el plazo otorgado en la Resolución No. 25036 de 2014 para adecuar el esquema de recolección de basuras a lo dispuesto en la Ley 142 de 1994. Fundamentaron su petición en que los estudios y análisis para cambiar el modelo no pueden realizarse en el término indicado por la SIC, pues éste puede tardar entre 12 y 18 meses. Agregaron que la orden desborda las facultades de la SIC y no ofrece ninguna solución útil a las órdenes

<sup>69</sup> Página 156 de la Resolución No. 25036 de 2014.

W

*"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"*

Radicación No. 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

de la Corte Constitucional, al contrario, arroja a la UAESP a cometer los mismos errores cometidos anteriormente, sustentados en una imposibilidad.

Frente a esta solicitud, el Despacho considera que los Investigados han contado con tiempo suficiente desde el vencimiento de las ASEs en el año 2011 para adecuar el esquema de recolección de basuras a un régimen de libre competencia pura y simple o un régimen de competencia con áreas de servicio exclusivo, razón por la cual resulta improcedente acceder a la extensión del plazo solicitada por los Investigados. Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que para este momento los investigados han tenido el tiempo suficiente para analizar las distintas alternativas que se pueden adoptar para cumplir con el régimen establecido en la Ley 142 de 1994.

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

**RESUELVE:**

**ARTÍCULO PRIMERO:** MODIFICAR el Artículo 1 de la Resolución No. 25036 de 2014, el cual quedará así:

***"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 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 MIL TRESCIENTOS TREINTA MILLONES QUINIENTOS SESENTA MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$1.330.560.000), equivalentes a dos mil ciento sesenta salarios mínimos mensuales legales vigentes (2.160 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.*

UN

*“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”*

Radicación No. 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

**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:** MODIFICAR el Artículo 2 de la Resolución No. 25036 de 2014, el cual quedará así:

**“ARTÍCULO SEGUNDO:** DECLARAR que NELLY MOGOLLÓN MONTAÑÉZ, 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, identificada con cédula de ciudadanía No. 35.458.872; 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 MONTAÑÉZ, 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 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 DIECINUEVE MILLONES SETECIENTOS DOCE MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$19.712.000), equivalentes a treinta y dos salarios mínimos mensuales legales vigentes (32 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

*HN*

*"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"*

Radicación No. 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

*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:** CONFIRMAR en todas sus partes restantes la Resolución No. 25036 de 2014.

**ARTÍCULO CUARTO:** 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 MONTAÑÉZ, 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 informándole que en su contra no procede recurso alguno.

**ARTÍCULO QUINTO:** 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 presente actuación administrativa, entregándoles copia de la misma e informándole que en su contra no procede recurso alguno.

**ARTÍCULO SEXTO:** 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.

RESOLUCIÓN NÚMERO 5 3 7 8 8 DE 2014 Hoja N°. 104

*"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"*

Radicación No. 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

**NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE**

Dada en Bogotá D.C., a los **03 SEP 2014**

**EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO AD HOC**



**LUIS GUILLERMO VÉLEZ CABRERA**

Proyectaron: Andrés Pérez Orduz, Luis Alberto Castell, Alberto Madero  
Revisó: Felipe Serrano Pinilla  
Aprobó: Luis Guillermo Vélez Cabrera

**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

Calle 70 No. 4-30

Bogotá D.C.

*"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"*

Radicación No. 12-165930

VERSIÓN ÚNICA

**NELLY MOGOLLÓN MONTAÑÉZ**

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**

Apoderada

**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.

**SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO**

En Bogotá, a \_\_\_\_\_

Notifiqué personalmente al Dr. \_\_\_\_\_

El contenido de la anterior providencia que \_\_\_\_\_

impuesto firma \_\_\_\_\_

**SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO**

  
NOTIFICADOR