



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

RESOLUCIÓN NÚMERO ~~604~~ - - 8 8 6 2) DE 2012

27 FEB 2012

Radicación: 09-116426

Por la cual se cierra una investigación

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO (E),
en ejercicio de sus facultades legales, en especial de las previstas
en la Ley 1340 de 2009 y en los Decretos 2153 de 1992 y 4886 de 2011¹ y el Decreto
0019 de 2012 y,

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que mediante Resolución No. 61663 de 2010², el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia ordenó abrir investigación administrativa en contra de la **EMPRESA NACIONAL DE SERVICIOS PÚBLICOS S.A. E.S.P. – ENASEP S.A. E.S.P.** (en adelante "ENASEP") por la presunta comisión de actos de competencia desleal previstos en los artículos 7, 8, 12, 17 y 18 de la Ley 256 de 1996. El objeto de la investigación consistía en determinar si la empresa involucrada habría realizado actos desleales dentro del proceso de vinculación de usuarios en el municipio de Socorro (Santander).

SEGUNDO: Que una vez notificada la Resolución de Apertura a los investigados, y corrido el término para solicitar y aportar pruebas, conforme lo dispone el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992³, mediante la Resolución No. 64125 del 15 de noviembre de 2011⁴, se ordenó la práctica de pruebas.

TERCERO: Que el 28 de diciembre de 2012, culminada la etapa probatoria, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia presentó al Superintendente de Industria y Comercio el Informe Motivado correspondiente a la investigación referida, en el cual se recomienda archivar la actuación, argumentando de manera general lo siguiente:

Luego de una descripción normativa sobre el mercado del servicio público de aseo, la Delegatura de Protección de la Competencia (en adelante la "Delegatura") se refiere al mercado afectado específico sobre el cual se pudo haber realizado la conducta investigada. Al respecto, inicia señalando que el mercado producto está constituido por la prestación del servicio de aseo en el municipio de Socorro, en donde el único oferente es la sociedad **SESPA SANTANDER S.A E.S.P.** (en adelante "SESPA"). Asimismo, se señaló que el mercado geográfico lo representaba la población del municipio de Socorro y se hizo referencia a que contaba con 6.698 viviendas, de las cuales 5.353 pertenecen a zona urbana y 1.345 a zona rural.

¹ Mediante el cual se Derogaron los Decretos 3523 de 2009 y 1687 de 2010.

² Documento obrante en el Cuaderno Público N° 3, Folios 562 al 593 del expediente.

³ Modificado por el Decreto 0019 de 2012.

⁴ Documento obrante en el Cuaderno Público N° 3, Folios 612 al 614 del expediente.

"Por la cual se cierra una investigación"

Posteriormente, en el respectivo Informe se hace una explicación sobre el marco conceptual de las investigaciones administrativas por conductas constitutivas de competencia desleal administrativa. Frente al tema, se pone de presente el artículo 333 de la Constitución Nacional, así como al siguiente aparte de la Sentencia C-649 de 2001:

"De esta manera, las atribuciones legales asignadas a esta Superintendencia en los asuntos de competencia desleal, siguiendo lo señalado por la H. Corte Constitucional en Sentencia C-649 de 2001, serían las contenidas en la Ley 446 de 1998, que atribuyó a la Superintendencia de Industria y Comercio funciones (i) de tipo administrativo y (ii) de tipo jurisdiccional para los casos de competencia desleal, existiendo así, dos trámites de naturaleza diferente que se adelantan ante la misma entidad. Este tipo de actuaciones difieren no sólo en su naturaleza, también en los intereses que protegen y en los requisitos y procedimiento⁵ propios de cada uno, aún cuando se les aplica la misma normatividad sustancial, esto es, la Ley 256 de 1996. En este sentido, es importante destacar que, mientras en el procedimiento administrativo los intereses protegidos son los generales del mercado, en la vía jurisdiccional los intereses que se protegerán serán los particulares de las partes que compongan la litis."⁶

La Delegatura realiza además un análisis sobre los elementos que componen el concepto de competencia desleal administrativa y los traspone a los hechos investigados, con el objeto de determinar la existencia de la significatividad necesaria para continuar con el trámite. Como resultado del ejercicio en el citado informe se consideró lo siguiente:

"Tal como se aprecia, los hechos que se investigan sólo afectan a las empresas participantes en dicho mercado, y aunque si bien pudiera pensarse en principio que llegarían a afectar inicialmente al mercado en su totalidad, la información obrante en el expediente muestra que las conductas no tendrían tal efecto, ya que los usuarios siguieron disfrutando del servicio contratado sin desmedro de sus derechos, por lo cual, se mantendrían como un conflicto en el que el debate se centra en la afectación de intereses privados de dos agentes que participan en un mismo mercado, y aunque aquél pudiera llegar a infringir con lo dispuesto en la normatividad vigente sobre competencia desleal, al estar ausente en la actuación una real protección al interés general, tendrá que ser otro el foro para ventilar el conflicto".

⁵ Para el caso del procedimiento en sede administrativa que adelanta la Superintendencia, se aplicará el mismo procedimiento establecido para las actuaciones sobre prácticas comerciales restrictivas y promoción de la competencia (hoy protección de la competencia), esto es, lo establecido en el artículo 52 del Decreto 2152 de 1992 y en la Ley 1340 de 2009, a partir de su entrada en vigencia. Por otro lado, en lo que respecta al trámite jurisdiccional, el procedimiento será el establecido para el proceso abreviado, en virtud de lo establecido por el artículo 144 de la Ley 446 de 1998, modificado por el artículo 49 de la Ley 962 de 2005, pero, una vez entre en vigencia la Ley 1395 de 2010, el procedimiento será verbal.

⁶ Página 14 del Informe Motivado.

⁷ Página 17 del Informe Motivado.

"Por la cual se cierra una investigación"

Finalmente, del análisis realizado, se concluye que en el inicio de la investigación se había interpretado una afectación de intereses particulares como una distorsión de mercado, razón por la cual, no es necesario entrar a desarrollar cada una de las conductas de la Ley 256 de 1996 endilgadas ya que el razonamiento lleva a señalar que por tratarse de un conflicto netamente particular, la vía jurídica aplicable es diferente.

CUARTO: Que tal y como se ordena por el procedimiento aplicable para este tipo de investigaciones, se dio traslado del Informe Motivado a la empresa investigada, quien vencido el término previsto para tal efecto no presentó opiniones al mismo.

QUINTO: Que habiéndose surtido adecuadamente todas las etapas señaladas en el procedimiento aplicable para este tipo de investigaciones y conforme lo prevé el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992⁸, este Despacho resolverá de manera sumaria el presente caso en los siguientes términos:

5.1. Competencia y marco normativo

5.1.1. Competencia desleal administrativa

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

De manera concordante, el artículo 6 de la mencionada Ley, hace referencia expresa a las facultades administrativas de la Entidad frente a las conductas de competencia desleal, como a continuación se transcribe:

"La Superintendencia de Industria y Comercio conocerá en forma privativa de las investigaciones administrativas, impondrá las multas y adoptará las demás decisiones administrativas por infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia, así como en relación con la vigilancia administrativa del cumplimiento de las disposiciones sobre competencia desleal".

En cuanto a las funciones del Superintendente en este tipo de trámites, el numeral 6 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011⁹, dispone que una de ellas es la de *"Vigilar el cumplimiento de las disposiciones sobre protección de la competencia y competencia desleal en todos los mercados nacional, respecto de todo aquel que desarrolle una*

⁸ De acuerdo con el artículo 52 del Decreto 2153, modificado por la Ley 1340 de 2009 y por el Decreto 0019 de 2012: *"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."*

⁹ Mediante el cual se Derogaron los Decretos 3523 de 2009 y 1687 de 2010.

RESOLUCIÓN NÚMERO 8862 DE 2012 Hoja N°. 4

"Por la cual se cierra una investigación"

actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo independientemente de su forma o naturaleza jurídica".

Asimismo, de conformidad con lo establecido en el numeral 4 del artículo 1 del Decreto en mención, la Superintendencia de Industria y Comercio está facultada para imponer las sanciones pertinentes por violación a cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia y competencia desleal, así como por la inobservancia de las instrucciones que en desarrollo de sus funciones imparta en desarrollo de sus funciones.

5.1.2. Aplicación del Decreto 0019 de 2012

De acuerdo con el inciso 5o del artículo 155 del Decreto 0019 del 2012¹⁰, "*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*".

Teniendo en cuenta lo previsto en la norma transcrita, y que en el presente caso en el Informe Motivado que el Delegado presentó al Superintendente se concluye que el presente caso no es de competencia desleal administrativa y, en consecuencia, se recomienda archivar la investigación, este Despacho acoge los argumentos expuestos en el referido Informe, toda vez que comparte el análisis y las conclusiones a las que llegó la Delegatura con las precisiones que se exponen a continuación.

5.2. Consideraciones

5.2.1. Sobre las facultades administrativas en competencia desleal

Comparte este Despacho la detallada descripción realizada por la Delegatura sobre el servicio público de aseo, con la que se ilustra la forma como se elaboró el concepto de mercado relevante en sus dos dimensiones: mercado producto y mercado geográfico. No obstante, de manera independiente a dicho análisis, para este Despacho, son otros los elementos que deben ser analizados al momento de determinar si el caso específico se encuentra dentro de aquellos en donde esta Entidad debe entrar a ejercer sus facultades administrativas e imponer sanciones emanadas de una conducta de competencia desleal.

De acuerdo con la interpretación plasmada en la Sentencia C-649 de 2001 sobre las atribuciones de esta Entidad en materia de competencia desleal, se extrae que las mismas son de carácter jurisdiccional y administrativo. En virtud de las primeras, se asumen las facultades propias de los jueces de la República y por ende, el poder jurisdiccional para dirimir conflictos entre particulares. Las segundas, por su parte, le permiten en su condición de garante del interés colectivo de la libre competencia, velar por la vigencia de las normas en los distintos sectores de la economía y sancionar cualquier tipo afectación al correcto funcionamiento de los mercados, que provengan de una infracción a las mismas.

¹⁰ Modifica el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificados por el artículo 16 y 19 de la Ley 1340 de 2009

“Por la cual se cierra una investigación”

Sobre el tema, es también adecuada la aproximación del Informe Motivado al citar lo manifestado por la Corte Constitucional, en los siguientes términos:

“Es así como la preservación de un mercado transparente, y por ende la prevención y represión de la competencia desleal, constituyen objetivos que se relacionan íntimamente con el interés general. Lo anterior se desprende, además, de la interpretación misma de la Ley 256 de 1996, que consagra algunas definiciones relevantes: en primer lugar, establece que su objeto es el de proteger la “libre y leal competencia económica” mediante la prohibición de actos y conductas de competencia desleal, “en beneficio de todos los que participen en el mercado”. Además, de conformidad con su artículo 6, ella “deberá interpretarse de acuerdo con los principios constitucionales de actividad económica e iniciativa privada libres dentro de los límites del bien común, y competencia económica y libre y leal pero responsable”. De hecho, la definición legal de la competencia desleal, consagrada en el art. 7 de la Ley en cuestión, ratifica esta conclusión: “En concordancia con lo establecido por el numeral 2 del artículo 10bis del Convenio de París, aprobado mediante Ley 178 de 1994, se considera que constituye competencia desleal, todo acto o hecho que se realice en el mercado con fines concurrenciales, cuando resulte contrario a las sanas costumbres mercantiles, al principio de la buena fe comercial, a los usos honestos en materia industrial o comercial, o bien cuando esté encaminado a afectar o afecte la libertad de decisión del comprador o consumidor, o el funcionamiento concurrencial del mercado”. Aquí están implicados tanto intereses generales como particulares”¹¹.
(Subrayado fuera de texto)

Se tiene entonces, que una conducta de competencia desleal puede trascender o tener la potencialidad de traspasar la esfera de los intereses particulares, afectando el bien común, el cual debe ser entendido como la transparencia y buen funcionamiento del mercado. En estos casos, es posible visualizar una bifurcación de intereses jurídicos cuya protección tiene tratamientos normativos y procedimientos diferentes que, sin embargo, no los hace excluyentes al momento de ser invocados.

Conforme a lo anterior, es plenamente aceptable que un agente del mercado presente una demanda por competencia desleal bajo las facultades jurisdiccionales de esta Superintendencia y simultáneamente sea el quejoso de una actuación administrativa por los mismos hechos, entendiendo que en cada caso existen procedimientos, bienes jurídicos protegidos y consecuencias distintas. En lo que se refiere a los funcionarios encargados de dirimir un conflicto en el primer caso o investigar una posible infracción en el segundo, es la misma Sentencia C-649 de 2001 la que indica que “(...) Tales funciones deben ser desarrolladas por funcionarios distintos, entre los cuales no medie relación alguna de sujeción jerárquica o funcional en lo que atañe al asunto que se somete a su conocimiento”.

Es así como una conducta declarada como de competencia desleal, luego de surtirse el proceso jurisdiccional ante un juez de la República o el funcionario de esta Entidad investido de facultades jurisdiccionales para tales efectos, no necesariamente conlleva la trascendencia y/o potencialidad anotadas y necesarias para la imposición de

¹¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia 649 de 2001. Magistrado ponente: EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT.

“Por la cual se cierra una investigación”

sanciones de tipo administrativo. Tal y como lo previó la Corte Constitucional en la Sentencia ya reseñada, el procedimiento en este último evento, debe ser el aplicado para las infracciones constitutivas de prácticas comerciales restrictivas de la competencia. Es decir, el análisis a realizar se basa en la afectación del hecho investigado sobre el interés colectivo que, como ya se afirmó, se concreta en el buen, libre y transparente funcionamiento de los mercados.

Incluso luego de determinar una posible afectación al interés colectivo a través de una conducta de competencia desleal, esta Entidad también puede abstenerse de abrir una investigación cuando considere que la situación fáctica que da origen al trámite no es lo suficientemente significativa para alcanzar los propósitos propios de la protección de competencia. De esta forma, el artículo 3 de la Ley 1340 busca la eficiencia y economía en las actuaciones administrativas y evitar desgastes innecesarios por parte de la autoridad.

Ahora bien, en el ejercicio analítico ya no para decidir una apertura de investigación, sino para determinar la existencia de una conducta de competencia desleal cuya consecuencia es la imposición de las respectivas sanciones administrativas, es indispensable la demostración de que los hechos investigados trasciendan los intereses particulares involucrados y afecten o hayan tenido la potencialidad de afectar el bien común.

Sin el cumplimiento del precepto arriba señalado, no es dable entrar a analizar los elementos de las conductas constitutivas de competencia desleal. Es decir, al no existir un interés general involucrado, la actuación administrativa se desdibuja y resulta innecesario e incluso superfluo determinar si existieron o no actos de competencia desleal, pues esa evaluación es propia del ejercicio jurisdiccional que como ya se anotó, a pesar de poderse instaurar ante la Superintendencia de Industria y Comercio, se surte a través de otro procedimiento y funcionarios designados.

Acogiendo lo hasta el momento expuesto, a continuación se analizará si en el caso en concreto, existe un interés colectivo que preservar. Veamos:

5.2.2. Caso concreto

De acuerdo con la exposición de los hechos realizada en la queja que dio origen a la actuación, así como con las consideraciones de la Delegatura de Protección de la Competencia, el origen del conflicto se suscitó por ciertos actos realizados por parte de la EMPRESA NACIONAL DE SERVICIOS PÚBLICOS S.A. E.S.P. - ENASEP S.A. E.S.P., en el mercado de prestación de servicio de aseo en el municipio de Socorro (Santander), los cuales estaban encaminados a desprestigiar a la empresa SESPA SANTANDER S.A. E.S.P. Específicamente, las acciones puestas de presente en la queja de manera general eran las siguientes:

- ENASEP habría elaborado unas encuestas a los usuarios del servicio de aseo en el municipio de Socorro, Santander, mediante las cuales habría engañado a los encuestados para conseguir la terminación del contrato que tenían con SESPA.
- ENASEP habría elaborado un video en el que se registró imágenes de la recolección de basuras por parte de SESPA sin autorización para ello y cuyo propósito.

"Por la cual se cierra una investigación"

- ENASEP habría prestado el servicio de aseo en el municipio del Socorro y no habría cobrado suma alguna por ello, con lo cual estaría violando la normatividad específica del sector de los servicios públicos.

Comparte este Despacho la metodología aplicada en el Informe Motivado, en donde no se desarrollan las conductas de la Ley 256 de 1996 por las cuales se abrió la investigación, sino que de manera previa a dicho análisis se describe el mercado y los efectos que sobre éste habrían tenido los hechos investigados. Así, también se encuentra acertada la aproximación sobre la ininterrumpida prestación del servicio de aseo en el mercado geográfico definido y la no existencia de impacto alguno sobre los usuarios. Es suficientemente clara la idea propuesta en el siguiente aparte del documento:

"(...) los hechos que se investigan sólo afectan a las empresas participantes en dicho mercado, y aunque si bien pudiera pensarse en principio que llegarían a afectar inicialmente al mercado en su totalidad, la información obrante en el expediente muestra que las conductas no tendrían tal efecto, ya que los usuarios siguieron disfrutando del servicio contratado sin desmedro de sus derechos, por lo cual, se mantendrían como un conflicto en el que el debate se centra en la afectación de intereses privados de dos agentes que participan en un mismo mercado, y aunque aquél pudiera llegar a infringir con lo dispuesto en la normatividad vigente sobre competencia desleal, al estar ausente en la actuación una real protección al interés general, tendrá que ser otro el foro para ventilar el conflicto."

De tal suerte, con las pruebas obrantes en el expediente no se logra demostrar de manera siquiera sumaria la existencia de una afectación al bien jurídico protegido que, como ya se anotó, está representado en el correcto y transparente funcionamiento de los mercados. De igual forma, se respalda la idea de que el conflicto se basa en la protección de intereses de tipo particular cuya vía de protección no puede ser una investigación por competencia desleal administrativa.

Así, este Despacho concluye que no se encuentra ante un caso de competencia desleal administrativa y, en consecuencia, se abstiene de evaluar si los hechos investigados se adecuaban a los actos de competencia desleal inicialmente propuestos, ordenando el archivo de la presente investigación.

En consecuencia de lo anterior,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: Ordenar la terminación y archivo de la investigación abierta mediante Resolución No. 61663 de 2009, en contra de la **EMPRESA NACIONAL DE SERVICIOS PÚBLICOS S.A. E.S.P. - ENASEP S.A. E.S.P.** con Nit: 900191975-9 conforme a lo considerado en la presente resolución.

ARTÍCULO SEGUNDO: Notificar personalmente el contenido de la presente resolución a la doctora **ARELIS NEIRA NEIRA**, en su calidad de representante legal de la empresa **EMPRESA NACIONAL DE SERVICIOS PÚBLICOS S.A. E.S.P. -ENASEP S.A. E.S.P.**, entregándole copia de la misma e informándole que en su contra procede

RESOLUCIÓN NÚMERO 7 - - - 8 8 6 2 DE 2012 Hoja N°. 8

"Por la cual se cierra una investigación"

el recurso de reposición ante el Superintendente de Industria y Comercio, que se podrá interponer dentro de los cinco (5) días siguientes a su notificación.

ARTÍCULO TERCERO: Comunicar el contenido del presente acto administrativo al representante legal de la sociedad SESPA SANTANDER S.A. E.S.P.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los **27 FEB 2012**

El Superintendente de Industria y Comercio (E)


ADOLFO LEÓN VARELA SÁNCHEZ

Elaboró: Germán Bacca
Revisó: Carolina Salazar

Notificación:

Doctora
ARELIS NEIRA NEIRA
Representante Legal
EMPRESA NACIONAL DE SERVICIOS PÚBLICOS S.A. E.S.P. -ENASEP S.A. E.S.P.
Nit: 900191975-9
Carrera 9 No. 13 - 22
San Gil (Santander)
Colombia

Comunicación:

Doctor
OSCAR ORLANDO DELGADO MOJICA
Representante Legal
SESPA SANTANDER S.A. E.S.P.
Carrera 14 No. 9 -32
Socorro (Santander)
Colombia