



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

RESOLUCIÓN NÚMERO № 47903 DE 2016

Radicado No. 14-284059

(27 JUL 2016)

“Por la cual se niegan medidas cautelares”

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

En ejercicio de sus facultades legales, y en especial las conferidas por el artículo 18 de la Ley 1340 de 2009 y el numeral 7 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011, y

CONSIDERANDO

PRIMERO: Que el artículo 18 de la Ley 1340 de 2009¹ establece que “[l]a autoridad de competencia podrá ordenar, como medida cautelar, la suspensión inmediata de conductas que puedan resultar contrarias a las disposiciones señaladas en las normas sobre protección de la competencia, siempre que se considere que de no adoptarse tales medidas se pone en riesgo la efectividad de una eventual decisión sancionatoria”.

SEGUNDO: Que de conformidad con lo dispuesto en el numeral 7 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011, el Superintendente de Industria y Comercio es competente para “[o]drenar, como medida cautelar, la suspensión inmediata de las conductas que puedan resultar contrarias a las disposiciones sobre protección de la competencia y competencia desleal”.

TERCERO: Que mediante una comunicación radicada con el No. 14-284059-0 del 26 de diciembre de 2014, **MARTHA LUCIA GÓMEZ HERNÁNDEZ**, entonces Gerente de **LIMPIEZA URBANA S.A. E.S.P.** (en adelante **LIMPIEZA URBANA**), solicitó a esta Superintendencia que decretara medidas cautelares en contra de la **EMPRESA MUNICIPAL DE ASEO, ALCANTARILLADO Y ACUEDUCTO DE FLORIDABLANCA S.A. E.S.P.** (en adelante **EMAF**) para que evite rechazar injustificadamente las solicitudes de terminación anticipada de contrato que sus usuarios presentan para trasladarse a **LIMPIEZA URBANA**. La peticionaria fundamentó su solicitud en lo siguiente:

3.1. LIMPIEZA URBANA presta el servicio de aseo en Bucaramanga, Floridablanca, Piedecuesta y Girón en Santander. En Floridablanca, municipio en el que el servicio de aseo se presta bajo la modalidad de libre competencia, la **EMAF** ha venido obstaculizando el traslado de usuarios a **LIMPIEZA URBANA** exigiendo requisitos no contemplados en la normatividad.

3.2. LIMPIEZA URBANA presta el servicio de solicitud de terminación de los contratos con la **EMAF** a sus potenciales usuarios, por lo que reúne la solicitud de terminación contractual, la constancia de disposición de **LIMPIEZA URBANA** de prestar el servicio en el predio, el respectivo paz y salvo y la autorización o mandato para que **LIMPIEZA URBANA** adelante el trámite de desvinculación directamente ante la **EMAF**.

3.3. Ante dichas solicitudes de terminación contractual, la **EMAF** ha venido dilatando de manera constante el derecho de los usuarios a vincularse con otro prestador del servicio de aseo a través de requisitos adicionales y procedimientos especiales inventados, todo ello en contravención de lo estipulado en el artículo 111 del Decreto 2981 de 2013. Así, la **EMAF** está negando las solicitudes presentadas por **LIMPIEZA URBANA** argumentando que requiere la participación de un apoderado con autorización notarial, manifestando en cada solicitud que **LIMPIEZA URBANA** no está legitimado en la causa para solicitar la terminación del contrato.

3.4. En los términos del artículo 153 y 154 de la Ley 142 de 1994, este tipo de recursos no requieren presentación personal, ni intervención de abogado, aunque se emplee un mandatario. En este sentido, la solicitud de desvinculación de un usuario toma cerca de 113 días calendarios si se tiene en cuenta el tiempo de respuesta de la solicitud, el recurso de reposición y el recurso de apelación

¹ Por medio del cual se modificó el numeral 11 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992.

"Por la cual se niegan medidas cautelares"

ante la SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS, generando una ventaja competitiva a favor de la EMAF.

CUARTO: Que mediante comunicación con radicación No. 14-284059-5 del 28 de abril de 2016, la Delegatura para la Protección de la Competencia remitió al Despacho la presente solicitud de medidas cautelares.

QUINTO: Que, para efectos de resolver la solicitud de medidas cautelares de la referencia, este Despacho considera lo siguiente:

5.1. Medidas cautelares en materia de prácticas comerciales restrictivas

El artículo 18 de la Ley 1340 de 2009 establece que "[l]a autoridad de competencia podrá ordenar, como medida cautelar, la suspensión inmediata de conductas que puedan resultar contrarias a las disposiciones señaladas en las normas sobre protección de la competencia, siempre que se considere que de no adoptarse tales medidas se pone en riesgo la efectividad de una eventual decisión sancionatoria".

Para decretar una medida cautelar por la presunta comisión de prácticas restrictivas de la competencia, esta Entidad debe comprobar: (i) la probable ocurrencia, existencia o configuración de una conducta restrictiva de la competencia; y (ii) el riesgo de la efectividad de una eventual decisión sancionatoria en el evento de no decretarse la medida cautelar.

5.1.1. La probabilidad de ocurrencia de la conducta

Este primer elemento nace de la esencia misma de la orden cautelar que puede adoptar la Superintendencia, pues como se desprende del artículo 18 de la Ley 1340 de 2009 la Superintendencia de Industria y Comercio puede ordenar "la suspensión inmediata de conductas que puedan resultar contrarias a las disposiciones señaladas en las normas sobre protección de la competencia." (subrayado fuera de texto)

Por ende, si la decisión que puede adoptarse gira entorno a la suspensión de conductas que puedan resultar contrarias al régimen de protección de la competencia, es necesario que exista, con algún grado de certeza, la probable ejecución de una conducta restrictiva de la competencia que deba ser cesada.

Resulta importante resaltar que esta facultad cautelar de la Superintendencia de Industria y Comercio consiste en una intervención *a priori* de la Autoridad en el mercado, con miras a blindar su eventual decisión de una posible inocuidad. Dicha intervención no constituye prejuzgamiento alguno sobre las indagaciones que simultáneamente puede estar adelantando la Delegatura para la Protección de la Competencia respecto de las conductas *sub examine*.

Ahora bien, el estándar probatorio para la adopción de una medida cautelar debe ser mayor al de una apertura de investigación, pues la exigencia demostrativa es directamente proporcional al grado de intervención que en los mercados se genera con el actuar de la administración.

Como lo sostuvo en otra oportunidad esta Entidad:

"... [E]l grado de exigencia para decidir la apertura de investigación, no es el mismo que para decretar una medida cautelar. En efecto, la necesidad de abrir una investigación puede estar soportada, inclusive, en un simple indicio, si de él logra inferirse razonablemente, la posible realización de una conducta anticompetitiva; al paso que la medida cautelar requiere no solo una prueba más sólida en torno a la realización de la conducta investigada, sino frente a la producción de un daño irreversible de no adoptarse la medida a tiempo.

Lo anterior se encuentra del todo lógico, si se atiende a que el único efecto que se desprende del acto de apertura, es la vinculación formal a una investigación, mientras que la imposición de una medida cautelar ya supone una mutación del mundo exterior, y más concretamente, de la esfera de quien está siendo investigado, anticipando los efectos de una decisión"².

² Resolución No. 9842 de 2005 proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio. Posición reiterada en la Resolución 778 del 18 de enero de 2012.

"Por la cual se niegan medidas cautelares"

Este elemento se relaciona con el concepto de la *fumus bonis iuris* o apariencia del buen derecho, pues la Autoridad debe tener en cuenta al momento de analizar la procedencia de una medida cautelar, si dentro de los parámetros medios de la razón existe una probabilidad alta de que las pretensiones del solicitante resulten satisfechas por la decisión final de la Entidad (visión *positiva* de la apariencia del buen derecho).

5.1.2. El riesgo de eficacia de las sanciones a imponer

Concomitante con el elemento descrito en el numeral anterior, para que se adopte una medida cautelar en desarrollo de un trámite administrativo por prácticas restrictivas de la competencia, es necesario que exista un riesgo de inocuidad de una eventual decisión de fondo que declare que existió una conducta anticompetitiva. En otras palabras, lo que se busca con la adopción de una medida cautelar es evitar que la decisión final sobre la materia sea nugatoria. Esto se ha denominado *periculum in mora* -peligro en la demora-, concepto que es entendido como el riesgo de que el derecho o interés protegido por la ley pueda verse afectado por el transcurso del tiempo³.

Por lo anterior, se busca que a través de la medida cautelar las decisiones que pueda adoptar la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de protección de la competencia no se conviertan en "*decisiones para enmarcar*", sino que realmente sean efectivas para corregir el problema de mercado que se presenta en virtud de la conducta anticompetitiva.

5.1.3. Proporcionalidad

Adicional a los dos elementos descritos en los numerales anteriores, debe tenerse en cuenta a la hora de imponer una medida cautelar un componente relativo a la ponderación de los intereses en conflicto.

Este concepto no excluye los dos requisitos antes mencionados y de hecho guarda una íntima relación con ellos, pues al momento de analizar la procedencia de una medida cautelar se tiene en cuenta el grado de sacrificio que se impone al sujeto pasivo de la cautela, frente al nivel de beneficio que recibe la protección del interés general en términos de competencia.

Así las cosas, no solo se requiere la apariencia de buen derecho y el peligro en la demora que pueda ocasionarse respecto a la efectividad de la decisión final, sino el juicio de proporcionalidad entre la afectación del interés particular respecto al beneficio del interés general del mercado, bien sea a nivel de participación de agentes en el mercado, la eficiencia económica o el bienestar de los consumidores que interactúan en él.

Teniendo en cuenta lo anterior, pasa este Despacho al análisis del caso *sub examine*.

5.2. Medidas cautelares solicitadas en el caso concreto.

Las facultades legales otorgadas a esta Superintendencia para el decreto de medidas cautelares en los procesos administrativos que adelanta por posibles conductas anticompetitivas se centra, como lo establece la norma, en "*ordenar, como medida cautelar, la suspensión inmediata de conductas que puedan resultar contrarias a las disposiciones señaladas en las normas sobre protección de la competencia*". En consecuencia, es un requisito legal que la medida cautelar que se solicite, y en consecuencia dicte esta Entidad, gire en torno exclusivo a la suspensión de una conducta que pueda resultar contraria a las normas contenidas en el régimen de protección de la libre competencia (incluidas las normas de competencia desleal).

Así las cosas, y una vez analizada la solicitud cautelar presentada, así como el acervo probatorio contenido en el expediente hasta este momento, este Despacho encontró que la medida solicitada por **LIMPIEZA URBANA** es improcedente por cuanto no acredita con la suficiencia probatoria que se requiere para la adopción de este tipo de medidas, la existencia de una práctica restrictiva de la competencia que deba ser suspendida para la preservación de la efectividad de una eventual decisión de fondo de esta Entidad sobre el caso.

Para que el requisito legal de la apariencia del buen derecho cumpla los estándares necesarios para justificar la intervención *a priori* de esta Superintendencia en los mercados se requiere, con un grado

³ Referencia extraída de la Sentencia SU 913 de la Corte Constitucional. 11 de diciembre de 2009. Magistrado Ponente: Juan Carlos Henao Pérez.

"Por la cual se niegan medidas cautelares"

27 JUL 2016

mayor de certeza que el necesario para la apertura de una investigación, cosa que no ha ocurrido hasta el momento, que la conducta anticompetitiva sea altamente probable.

Como consecuencia de lo anterior, al ausentarse uno de los elementos necesarios para la procedencia del decreto de medidas cautelares en casos de prácticas restrictivas de la competencia, esto es la "*apariencia del buen derecho*", esta Superintendencia no tiene otro remedio que rechazar la medida cautelar solicitada por **LIMPIEZA URBANA** en contra de la **EMAF**.

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO. NEGAR la medida cautelar solicitada por **LIMPIEZA URBANA S.A. E.S.P.** dentro del trámite de la referencia, por las razones expuestas en la parte motiva de esta Resolución.

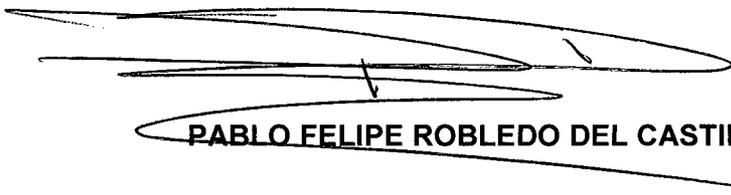
ARTÍCULO SEGUNDO. Contra la presente decisión no procede ningún recurso de conformidad con lo establecido en el artículo 75 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en concordancia con el artículo 20 de la Ley 1340 de 2009.

ARTÍCULO TERCERO. COMUNICAR el contenido de la presente Resolución a **LIMPIEZA URBANA S.A. E.S.P.**, en los términos previstos en el inciso 2° del artículo 23 de la Ley 1340 de 2009.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.

Dada en Bogotá, D.C., a los **27 JUL 2016**

El Superintendente de Industria y Comercio



PABLO FELIPE ROBLEDO DEL CASTILLO

Proyectó: Luis Alberto Castell Borrero
Revisó: Felipe García Pineda
Aprobó: Pablo Felipe Robledo del Castillo

COMUNICAR:

LIMPIEZA URBANA S.A. E.S.P.
NIT 900.028.989-5
Gerente
SHADIA GÓMEZ HERNÁNDEZ
CC. 37.510.844
Carrera 19 No. 34 - 64 Piso 3
Bucaramanga, Santander