

Bogotá D.C.,

10

Respetado(a) Señor (a):

[Datos personales eliminados en virtud de la Ley 1581 de 2012]

Asunto: Radicación: 17- XXX -0000X-0000
Trámite: 113
Evento: 0
Actuación: 440
Folios: 1

Reciba cordial saludo.

Conforme a la Ley 1755 del 30 de junio de 2015 que sustituye los artículos 13 a 33, de la Parte Primera de la Ley 1437 de 2011, me permito dar respuesta a la consulta realizada en los siguientes términos:

1. CUESTIÓN PREVIA

1.1. Del alcance de la respuesta a un derecho de petición en la modalidad de consulta.

Antes de absolver la consulta realizada es importante advertir que a la Oficina Asesora Jurídica de esta Superintendencia no le asiste la facultad de dirimir situaciones de carácter particular.

Al respecto la Corte Constitucional en Sentencia C-542 de 2005 señaló que:

“Los conceptos emitidos por las entidades en respuesta a un derecho de petición de consulta no constituyen interpretaciones autorizadas de la ley o de un acto administrativo. No pueden reemplazar un acto administrativo. Dada la naturaleza misma de los conceptos, ellos se equiparan a opiniones, a consejos, a pautas de acción, a puntos de vista, a recomendaciones que emite la administración pero que dejan al administrado en libertad para seguirlos o no”

2. OBJETO DE LA CONSULTA



En esta oportunidad se trata de resolver una consulta presentada ante esta Entidad con Rad. No. 17-109587- -00000-0000 del 05 de mayo de 2017 en la cual se señala:

“(…)

- *¿Se encuentran los usuarios del servicio de aseo correspondientes a grandes generadores de residuos sólidos del Municipio de Yumbo, cobijados o no por las Áreas de Servicio Exclusivo conformadas en el Municipio para la prestación de dicho servicio actualmente?*
- *En caso de existir restricciones a la libre competencia respecto de los usuarios del servicio público de aseo correspondiente a grandes generadores de residuos del Municipio de Yumbo, solicito a su despacho se sirva explicar en qué consisten tales restricciones y cuál es su fundamento jurídico.*

(…)”

Así las cosas, precisado el alcance de la respuesta a un derecho de petición en la modalidad de consulta y delimitado el objeto de la presente consulta se pasará a absolverla.

A continuación se expondrán aspectos fundamentales para la consulta realizada en materia de protección de la libre competencia en el mercado de los servicios públicos domiciliarios.

2.1. De la competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de protección de la libre competencia en el mercado de los servicios públicos domiciliarios.

Desde el punto de vista constitucional a esta Superintendencia le corresponde velar por la protección del derecho a la libre competencia en los mercados nacionales prevista en el artículo 333 de la Constitución Política, el cual establece que la actividad económica y la iniciativa privada son libres dentro de los límites del bien común, evitando que la misma se obstruya o se restrinja por parte de los agentes que participan en los mismos, en detrimento del mercado y los consumidores.

En desarrollo del anterior mandato constitucional, el artículo 4 de la Ley 1340 de 2009 “[l]a Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992, la presente Ley y las demás disposiciones que las modifiquen o adicionen, constituyen el régimen general de protección de la competencia, aplicables a todos los sectores y todas las actividades económicas”.

En tal medida, la Superintendencia de Industria y Comercio en los términos del numeral 1 del artículo 2 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009, es competente para “[v]elar por la observancia de las disposiciones sobre protección de la competencia; atender las reclamaciones o quejas por hechos que pudieren implicar su contravención y dar trámite a aquellas



que sean significativas para alcanzar en particular los siguientes propósitos: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica”.

De otra parte, el numeral 6 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011, señala que el Superintendente de Industria y Comercio tiene como función “[v]igilar el cumplimiento de las disposiciones sobre protección de la competencia y competencia desleal en todos los mercados nacionales, respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica.”

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

De acuerdo con lo anterior, es incontrovertible que a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1340 de 2009, el mercado de servicios públicos domiciliarios está sometido al cumplimiento de las normas de competencia y que la Superintendencia de Industria y Comercio es la autoridad única de protección de la competencia en materia de servicios públicos domiciliarios.

Así lo ratificó la Corte Constitucional en Sentencia C-172 de 2014 cuando declaró la exequibilidad de los artículos 2 y 6 de la Ley 1340 de 2009 relacionados con la competencia de esta Superintendencia para conocer de las conductas anticompetitivas en todos los mercados, **incluyendo los servicios públicos domiciliarios.**

Dice la jurisprudencia sobre el particular:

*“(…) El hecho de **radicar en la SIC funciones administrativas para velar por la libre y leal competencia, incluso en el ámbito de los servicios públicos domiciliarios**, antes que vulnerar la norma precitada contribuye a su realización efectiva, en cuanto representa una de las formas como el Estado se compromete con garantizar una adecuada prestación de servicios desde la óptica de la protección de las libertades económicas. (…)*” (Negritas fuera de texto original).

Finalmente, de conformidad con lo establecido en los numerales 4 y 6 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, en concordancia con el numeral 11 del artículo 3 del mismo Decreto, y el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, esta Superintendencia está facultada para imponer las sanciones pertinentes por violación a cualquiera de las



disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas; ordenar a los infractores la modificación o terminación de las conductas; y sancionar la inobservancia de las instrucciones que imparta en desarrollo de sus funciones.

2.2. Del régimen de libre competencia en el mercado de los servicios públicos domiciliarios¹.

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

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

Señala el artículo 365 de la Constitución:

“Capítulo 5

De la finalidad social del estado y de los servicios públicos

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

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

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

¹ Al respecto pueden consultarse las Resoluciones Nos. 25036 del 21 de abril de 2014 y 53788 del 3 de septiembre de 2014.



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

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

Frente al modelo adoptado por la Constitución de 1991 el Consejo de Estado, mediante providencia² del 17 febrero de 2005, señaló:

“3. El caso concreto de los servicios públicos domiciliarios

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

“De otra parte, podemos afirmar que los servicios públicos domiciliarios hacen parte del concepto genérico de los servicios públicos, pero no dentro de un concepto formal de función pública, sino bajo un concepto objetivo o material en el cual son actividades económicas prestadas por cualquier agente ya sea el Estado, los particulares o las comunidades y que al mismo tiempo el Estado interviene para regular y vigilar esos servicios.”³ (se resalta)

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Providencia del 17 de febrero de 2005, Expediente 27673, Consejero Ponente Alier Eduardo Hernández Enríquez.

³ MORENO, Luis Ferney, “Servicios públicos domiciliarios. Perspectivas del derecho económico”, Universidad Externado de Colombia, (Bogotá - 2001), pág. 70.



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

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

(...)

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

(...)



“Por todo lo dicho, la Sala concluye que la Constitución de 1991 significó un gran cambio en cuanto se refiere a la concepción de los servicios públicos, pues reconoce que el Estado y los particulares pueden concurrir, en condiciones de libre competencia, a su prestación, sin que ello signifique que renuncie a su condición de director general de la economía y garante del cumplimiento de la función social de la propiedad”⁴(Subrayas y negrilla fuera del texto). En este sentido. Siguiendo al doctor Chaín Lizcano, se reitera:

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

⁴ CHAHIN LIZCANO, Guillermo, “Elementos básicos del régimen Constitucional y legal de los servicios públicos domiciliarios”, Publicación de la Empresa de Energía de Bogotá, Bogotá - 1998, pág. 111.



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

“Se puede concluir, entonces, que el constituyente y el legislador colombianos han entendido que la prestación de los servicios públicos no debe ser considerada como función pública. Esta concepción se explica si se tiene en cuenta que la Constitución, apartándose de la visión clásica de los servicios públicos, reseñada atrás, estableció que la prestación de los mismos debe ser desarrollada por entidades oficiales, mixtas y privadas, en condiciones de competencia y con la aplicación de un régimen de igualdad.”

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

“El modelo constitucional económico de la Carta Política de 1991 está fundado en la superación de la noción francesa de servicio público, conforme a la cual éste era asimilable a una función pública, para avanzar hacia una concepción económica según la cual su prestación está sometida a las leyes de un mercado fuertemente intervenido; así se deduce del artículo 365 constitucional cuando dispone que es deber del Estado asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos y que estos pueden ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por particulares. Nótese que la norma es clara en señalar que Estado debe asegurar la prestación (no prestar forzosamente) al tiempo que permite la concurrencia de agentes (públicos, privados o mixtos) en su prestación.”⁵

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 13 de mayo de 2004, Expediente AP - 0020.



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

Visto lo anterior, y conforme a la interpretación que ha dado el Consejo de Estado, es claro que la Constitución de 1991 estableció un esquema de libre competencia para la prestación de los servicios públicos en Colombia, bajo el cual los particulares y el Estado *“deben competir en condiciones de igualdad”*.

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

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

“Artículo 2. Intervención del Estado en los servicios públicos. El Estado intervendrá en los servicios públicos, conforme a las reglas de competencia de que trata esta Ley, en el marco de lo dispuesto en



los artículos 334, 336, y 365 a 370 de la Constitución Política, para los siguientes fines: (...)

2.5. Prestación eficiente.

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

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

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

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

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

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



(...)

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

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

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

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

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



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

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

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

(...)

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

De la lectura del artículo 6 de la Ley 142 de 1994, un municipio sólo puede prestar directamente un servicio público, en aquellos casos en que se cumplan los siguientes presupuestos: **(i)** que después de haber realizado el municipio una invitación pública a empresas de servicios públicos para prestar el servicio, ninguna de ellas estuviese dispuesta a prestarlo; **(ii)** que habiendo hecho el municipio invitación a otros municipios, al departamento del que hacen parte, a la



nación y a otras personas públicas o privadas para que organicen una empresa de servicio público que ofrezca el servicio, ninguna de ellas hubiese respondido favorable y adecuadamente; **(iii)** que incluso habiendo empresas interesadas en prestar el servicio público, el Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios haya demostrado mediante estudios que los costos de prestación directa del servicio para el municipio serían inferiores a los de las empresas interesadas en competir, y que la calidad y la atención para el usuario serían, por lo menos, iguales a las que tales empresas podrían ofrecer.

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

El anterior entendimiento ha sido ratificado por el Consejo de Estado en la misma providencia del 17 de febrero de 2005, Expediente 27.673, donde dicha corporación señaló⁶:

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

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

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del 17 de febrero de 2005, expediente: 27.673, radicación: 500012331000200300277 01.



(...)

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

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

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

“Artículo 40. Áreas de Servicio exclusivo. Por motivos de interés social y con el propósito de que la cobertura de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado, saneamiento ambiental, distribución domiciliaria de gas combustible por red y distribución domiciliaria de energía eléctrica, se pueda extender a las personas de menores ingresos, la entidad o entidades territoriales componentes, podrán establecer mediante invitación pública, áreas de servicio exclusivas, en las cuales podrá acordarse que



ninguna otra empresa de servicios públicos pueda ofrecer los mismos servicios en la misma área durante un tiempo determinado. Los contratos que se suscriban deberán en todo caso precisar el espacio geográfico en el cual se prestará el servicio, los niveles de calidad que debe asegurar el contratista y las obligaciones del mismo respecto del servicio. También podrán pactarse nuevos aportes públicos para extender el servicio.

Parágrafo 1o. La comisión de regulación respectiva definirá, por vía general, cómo se verifica la existencia de los motivos que permiten la inclusión de áreas de servicio exclusivo en los contratos; definirá los lineamientos generales y las condiciones a las cuales deben someterse ellos; y, antes de que se abra una licitación que incluya estas cláusulas dentro de los contratos propuestos, verificará que ellas sean indispensables para asegurar la viabilidad financiera de la extensión de la cobertura a las personas de menores ingresos.”

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



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

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

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

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



2.3. Prácticas comerciales restrictivas en el mercado de servicios públicos domiciliarios.

Desde el punto de vista constitucional a esta Superintendencia le corresponde velar por la protección del derecho a la libre competencia en los mercados nacionales prevista en el artículo 333 de la Constitución Política, el cual establece que la actividad económica y la iniciativa privada son libres dentro de los límites del bien común, evitando que la misma se obstruya o se restrinja por parte de los agentes que participan en los mismos, en detrimento del mercado y los consumidores.

En desarrollo del anterior mandato constitucional, el artículo 4 de la Ley 1340 de 2009 “[*l*]a Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992, la presente Ley y las demás disposiciones que las modifiquen o adicionen, constituyen el régimen general de protección de la competencia, aplicables a todos los sectores y todas las actividades económicas”. En este sentido, y como ya se dijo anteriormente, el régimen de prácticas comerciales restrictivas a la libre competencia, que se expondrá a continuación, es aplicable también al mercado de los servicios públicos domiciliarios.

En tal medida, la Superintendencia de Industria y Comercio en los términos del numeral 1 del artículo 2 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009, es competente para “[*v*]elar por la observancia de las disposiciones sobre protección de la competencia; atender las reclamaciones o quejas por hechos que pudieren implicar su contravención y dar trámite a aquellas que sean significativas para alcanzar en particular los siguientes propósitos: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica”.

De otra parte, el numeral 6 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011, señala que el Superintendente de Industria y Comercio tiene como función “[*v*]igilar el cumplimiento de las disposiciones sobre protección de la competencia y competencia desleal en todos los mercados nacionales, respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica.”.

En ese sentido, el artículo 6 de la Ley 1340 de 2009, prevé que esta Superintendencia es la Autoridad Nacional de Protección de la Competencia, y en ese sentido señala que esta Entidad “[*c*]onocerá en forma privativa de las investigaciones administrativas, impondrá multas y adoptará las demás decisiones administrativas por infracción a las disposiciones sobre protección de la



competencia, así como en relación con la vigilancia administrativa del cumplimiento de las disposiciones sobre competencia desleal”.

El ordenamiento colombiano establece un listado de prácticas susceptibles de distorsionar la competencia. Ellas comprenden: **(i)** Todo acuerdo entre dos o más empresas que prevenga, restrinja, o distorsione la competencia; **(ii)** Toda conducta abusiva por parte de agentes económicos que tengan una posición dominante en el mercado; y **(iii)** Ciertos actos unilaterales realizados por empresas.

Un acuerdo anticompetitivo es todo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas, que prevenga, restrinja, o distorsione la competencia o tenga la potencialidad de surtir uno de estos efectos.

Los acuerdos contrarios a la competencia pueden ser anticompetitivos por sí mismos o por sus efectos. A los primeros se les denomina carteles. Los acuerdos anticompetitivos se pueden presentar en diferentes lugares de la cadena de producción. Se llama acuerdos horizontales a aquellos pactos entre empresas que proveen bienes o servicios similares o sustitutos en un único eslabón de la cadena de producción y verticales a aquellos convenios entre agentes económicos que se encuentran en diferentes niveles de la cadena de producción.

La normatividad vigente considera que un acuerdo puede ser anticompetitivo por su objeto o por su efecto. Son anticompetitivos por su objeto aquellos acuerdos cuyo fin, sin importar que hayan sido efectivamente ejecutados en el mercado, los califica como tal. Un acuerdo es anticompetitivo por su efecto cuando el resultado del mismo, sin importar el fin de la partes, tiene efectos anticompetitivos en el mercado.

De acuerdo con el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, se consideran contrarios a la libre competencia, entre otros, los acuerdos que tengan por objeto o como efecto:

- Fijar directa o indirecta los precios de bienes y servicios.
- Determinar las condiciones de venta o condiciones de comercialización que sean discriminatorias para con terceros.
- Repartir mercados entre productores o entre distribuidores.
- Asignar cuotas de producción o cuotas de suministro.
- Asignar, repartir o limitar fuentes de abastecimiento de insumos productivos.
- Limitar desarrollos técnicos.
- Subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales que no constituían el objeto del negocio, o los acuerdos para lograr ventas atadas.
- Abstenerse de producir un bien o servicio o afectar sus niveles de producción.



- Coludir en licitaciones o concursos públicos o lograr la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas.
- Impedir a terceros el acceso a los mercados o a los canales de comercialización.

De otra parte, la posición de dominio no es necesariamente anticompetitiva, de hecho, el resultado de la competencia vigorosa puede resultar en la adquisición de una posición dominante en el mercado. Ahora bien, si una empresa usa su posición de dominio para excluir o explotar a sus competidores o consumidores, se dice que abusa de ella.

El término “posición de dominio” se refiere a la capacidad que tiene una empresa para determinar las condiciones del mercado relevante en el que participa. Esto quiere decir que la empresa tiene la posibilidad, sin tener en cuenta que hacen sus competidores, de definir precios, montos de producción, calidad de sus bienes, etc., independientemente de las presiones de la competencia. Esto, en consecuencia, puede afectar a su favor a los competidores o consumidores participantes en el mercado.

De acuerdo con el artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, cuando exista posición dominante, constituyen abuso de la misma las siguientes conductas:

- La disminución de precios por debajo de los costos, también llamados precios predatorios.
- La aplicación de condiciones discriminatorias para operaciones equivalentes, que coloquen a un consumidor o proveedor en situación desventajosa frente a otro consumidor o proveedor de condiciones similares.
- La subordinación del suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales, que por su naturaleza no constituirían el objeto del negocio.
- La venta a un comprador en condiciones diferentes de las que se ofrecen a otro comprador cuando sea con la intención de disminuir o eliminar la competencia en el mercado.
- Vender o prestar servicios en alguna parte del territorio colombiano a un precio diferente de aquel al que se ofrece en otra parte del territorio, cuando la intención o el efecto de la práctica sea disminuir o eliminar la competencia en esa parte del país y el precio no corresponda a la estructura de costos de la transacción.
- Obstruir o impedir a terceros, el acceso a los mercados o a los canales de comercialización.

Además de las anteriores, el Régimen de Competencia contempla los actos de Competencia Desleal establecidos en la Ley 256 de 1996 que afecten o tengan impacto en el mercado. Para mayor información sobre la distinción de los trámites



en ejercicio de funciones jurisdiccionales (actos de competencia desleal) y administrativas (prácticas comerciales restrictivas de la competencia) puede consultarse el Concepto No. 13-016270- 0001-0000 de esta Oficina Asesora Jurídica que se encuentra disponible en el siguiente enlace de la página web institucional:

<http://serviciosweb.sic.gov.co/servilinea/ServiLinea/ConceptosJuridicos/Conceptos.php>

Adicionalmente, de acuerdo con el artículo 48 del Decreto 2153 de 1992, también se consideran contrarios a la libre competencia los siguientes actos:

- Infringir las normas sobre publicidad contenidas en el estatuto de protección al consumidor.
- Influir a una empresa para que incremente los precios de sus productos o servicios o para que desista de su intención de rebajar los precios.
- Negarse a vender o prestar servicios a una empresa o discriminar en contra de la misma cuando ello pueda entenderse como una retaliación a su política de precios.

Así mismo, están prohibidas las integraciones económicas que contraigan sustancialmente la competencia y que no compensen con eficiencias. El artículo 2 de la Ley 1340 de 2009 señala que las disposiciones sobre protección de la competencia abarcan lo relativo a prácticas comerciales restrictivas, esto es acuerdos, actos y abusos de posición de dominio, y el régimen de integraciones empresariales que fue desarrollado en el Título II de la referida ley.

En consecuencia, conforme al numeral 14 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 al Superintendente de Industria y Comercio le corresponde “[p]ronunciarse sobre la fusión, consolidación, integración y adquisición del control de empresas.”

Una integración empresarial o concentración económica⁷ es cualquier mecanismo utilizado para adquirir el control de una o varias empresas o para adquirir el control de una empresa en otra ya existente o para crear una nueva empresa con el objeto de desarrollar actividades conjuntamente. El término integración o concentración implica, sin importar la forma jurídica de la operación, la combinación de una o más actividades en las cuales cesa la competencia entre las empresas que llevan a cabo la integración o concentración, posterior al perfeccionamiento de la misma. Una integración o concentración horizontal es aquella realizada entre empresas que participan en el mismo eslabón de la cadena de valor y una integración o concentración vertical es aquella realizada entre empresas ubicadas en diferente eslabón de producción y/o distribución pero en la misma cadena de valor.

⁷ Capítulo Segundo del Título VII de la Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio.



La Superintendencia de Industria y Comercio analiza las integraciones empresariales o concentraciones económicas con la finalidad de evitar que, cuando las empresas se integren o concentren, se produzca una indebida restricción de la libre competencia evitando concentraciones de poder económico en el mercado que desequilibren el balance propio de la competencia creando distorsiones que lleven a la coordinación de comportamiento o fortaleciendo una posición dominante de la que se pueda abusar.

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

3. CONCLUSIONES.

La Superintendencia de Industria y Comercio, por mandato legal, es la encargada de velar por la libertad económica y la libre competencia, derechos constitucionales, que encuentran límite en el bien común. En este sentido, ésta Superintendencia vigila el cumplimiento de las normas sobre protección de la libre competencia, competencia desleal y protección al consumidor, al igual que es competente para conocer de las conductas anticompetitivas en todos los mercados, incluyendo los servicios públicos domiciliarios.

En términos de libre competencia, todas aquellas prácticas comerciales que limiten o alteren la libre competencia están prohibidas por mandato legal. Éstas prácticas pueden presentarse en forma de actos o acuerdos anticompetitivos o abuso de la posición dominante, y están señalados de manera enunciativa en la ley.

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



Para el caso de las Áreas de Servicios Exclusivos - ASE, el papel de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico – CRA – y la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios – SSPD – es fundamental en tanto son las entidades competentes de verificar que la ASE cumpla con todos los requisitos legales para su funcionamiento.

No obstante, si se considera que se ha incurrido en alguna práctica restrictiva de la libre competencia, en virtud de lo establecido por la Corte Constitucional en sentencia C-172 de 2014 en tanto la Superintendencia de Industria y Comercio es competente para conocer de las conductas anticompetitivas, usted puede presentar una denuncia ante esta Entidad, adjuntando las pruebas que considere pertinentes, para que la Delegatura de Protección a la Competencia determine si existe mérito suficiente para iniciar una investigación formal.

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

En ese orden de ideas, esperamos haber atendido satisfactoriamente su consulta, reiterándole que la misma se expone bajo los parámetros del artículo 28 de la ley 1437 de 2011, esto es, bajo el entendido que las mismas no comprometen la responsabilidad de esta Superintendencia ni son de obligatorio cumplimiento ni ejecución.

Finalmente le informamos que algunos conceptos de interés general emitidos por la Oficina Jurídica, así como las resoluciones y circulares proferidas por ésta Superintendencia, las puede consultar en nuestra página web <http://serviciosweb.sic.gov.co/servilinea/ServiLinea/ConceptosJuridicos/Conceptos.php>

Atentamente,

JAZMIN ROCIO SOACHA PEDRAZA
JEFE OFICINA ASESORA JURÍDICA

Elaboró: José Andrés Sánchez R.
Revisó: Jazmín Rocío Soacha
Aprobó: Jazmín Rocío Soacha

