

ANÁLISIS DE LA COMPETENCIA EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE ASEO

Documento extraído del "Estudio Sectorial de Aseo 2002 - 2005"

Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios
Superintendencia Delegada para Acueducto, Alcantarillado y Aseo
Dirección Técnica de Gestión de Aseo
Diciembre de 2006

INTRODUCCIÓN

El supuesto de competencia es quizás el pilar más importante en el análisis económico. Por ello ha sido reconocida como la situación de mercado deseable para preservar la eficiencia y garantizar el bienestar social. No obstante, la libertad inherente a la existencia de un mercado competitivo no es absoluta; el respeto por la libertad de empresa y la libre iniciativa privada implica el respeto de los derechos de los demás y la preservación del interés general.

El fomento de condiciones de competencia requiere la formulación de reglas claras y una normativa minuciosa que de cuenta de las conductas que pueden ser objeto de sanción. Es así como la doctrina ha explicado la razón de ser de las normas sobre competencia desleal en la necesidad de *"impedir que al competir se utilicen medios que desvirtúen el sistema competitivo, como ocurre cuando se permite atraer a la clientela mediante actuaciones incorrectas en el sentido de que no se basan en el esfuerzo propio del empresario ni en la calidad y ventajas de las prestaciones que ofrece"*.

Diferentes casos de conductas anticompetitivas han sido evidenciados por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios en el ejercicio de vigilancia y control realizado a los prestadores del servicio público de aseo. Este conocimiento le ha permitido a la entidad aprendizajes importantes para el entendimiento del tema y para la formulación de estrategias de control acordes con la realidad del servicio.

En este documento se caracterizan las conductas anticompetitivas detectadas en el servicio de aseo en el país, a partir de un análisis casuístico de las prácticas más recurrentes entre los prestadores. Como primera medida, se presenta un recuento del análisis económico en materia de conflictos de competencia, con el ánimo de contextualizar al lector en la naturaleza de estos problemas. En segundo lugar, se describe la naturaleza económica y jurídica del servicio de aseo en Colombia y la visión de esta Superintendencia. En tercer lugar, se expone la experiencia revelada en Colombia en relación con los problemas de competencia en el sector bajo tres figuras: 1) conflictos entre prestadores de servicios públicos, 2) conflictos entre prestadores y usuarios y 3) conflictos entre prestadores y terceros (i.e. autoridades locales). Finalmente, se recogen algunas reflexiones que pretenden llamar la atención sobre hechos que ameritan un mayor entendimiento del problema y el desarrollo de unas reglas que esclarezcan las condiciones para acceder a aquellos agentes que, sin ser prestadores de servicios públicos, con sus acciones afectan el normal desarrollo del mercado.

1. ALGUNOS ELEMENTOS TEÓRICOS SOBRE EL PROBLEMA DE LA COMPETENCIA

La literatura económica reconoce como pilar fundamental de la economía de mercado el concep-

¹ ALMONACID Sierra, et. al., 1998, "Derecho de la competencia", Editorial Legis, P. 224.



to de libre competencia. Se entiende por tal, la libre concurrencia de oferentes y demandantes en un mercado en el que los agentes toman decisiones libres, sin intervención de fuerzas distintas a las del mercado con información perfecta sobre las características de precio y calidad de los bienes y servicios transados.

La garantía esencial del proceso competitivo es la claridad en las reglas de juego, uno de cuyos efectos es abrir la posibilidad de entrar en pugna por los mercados generando beneficios para los consumidores, pues se abren incentivos para que las empresas obtengan una ventaja competitiva mediante la reducción de costos y el desarrollo tecnológico, lo que se traduce en eficiencia, calidad y precios flexibles a las presiones de oferta y demanda.

En el caso de los servicios públicos domiciliarios, el análisis de competencia varía según la naturaleza de cada servicio. En los mercados naturalmente monopolísticos caso acueducto y alcantarillado, caracterizados por costos medios decrecientes y altos costos fijos, la provisión de bienes y servicios resulta más eficiente si se efectúa mediante un número de empresas que no riñan entre sí. En este tipo de mercado, las prácticas contrarias a la competencia se relacionan con frecuencia con el abuso de posición dominante sobre el mercado (usuarios y otros prestadores del servicio).

En servicios donde la competencia tiene menores obstáculos como el servicio público de aseo en principio el precio se inclinaría hacia el de un mercado competitivo. Sin embargo, en servicios públicos este tipo de mercados también ha evidenciado la presencia de conductas contrarias a la competencia que van desde el abuso de posición dominante hasta prácticas restrictivas de la competencia y competencia desleal.

Cuando el mercado no se comporta competitivamente, por diversas razones, el Estado suele intervenir mediante regulación en procura de corregir dicha situación, generando las condiciones para acercar los precios regulados a los que se obtendrían en un mercado competitivo².

Independientemente del tipo de servicio, los agentes económicos tienen incentivos para apropiarse del excedente de los consumidores y abusar de su posición de dominio sobre el mercado. El excedente del consumidor es una medida del bienestar que refleja los beneficios que obtienen los consumidores por la diferencia entre la disposición a pagar por un bien (expresado en su curva de demanda) y lo que paga (precio del bien)³. En tal sentido, en la medida en que mayor sea el precio, menor será el excedente del consumidor. Cuando un mercado funciona en competencia, donde el precio es igual al costo marginal de producir el bien, el excedente del consumidor se hace máximo. En mercados donde el precio supera este nivel (i.e. precio de monopolio no regulado) el bienestar de los consumidores se reduce lo que amerita una intervención en el mercado, normalmente por intermedio de una agencia reguladora.

Este comportamiento racional de las empresas, los lleva a buscar el máximo beneficio a costa del excedente de los consumidores y para ello es posible que recurran a medios desleales. Si se trata de un mercado de monopolio, el problema frecuente es el abuso de su posición de dominio, mientras que en mercado donde la competencia es posible, la competencia excesiva puede derivar en prácticas que afectan a la competencia y los consumidores. Es ahí cuando resulta fundamental el diseño de reglas especiales en aras de desincentivar y reprimir este tipo de conductas y se proteja la libre competencia.

El objetivo que se persigue con la intervención, es simular las condiciones de un mercado competitivo generando las condiciones para que este se de y con ello aumentar el bienestar social. Para lograrlo, es preciso hacer distinción entre mercados potencialmente competitivos y mercados natural-

² Las situaciones a que se hace referencia son conocidas en la literatura económica como "fallas de mercado". Cuatro eventos típicos son conocidos como una falla de mercado son: el monopolio y poder de mercado, los bienes públicos, las externalidades y las asimetrías severas de información.

³ Véase LASHERAS, Miguel A., (1999). La regulación económica de los servicios públicos. ED. Ariel, S.A., Barcelona.

mente monopolísticos, toda vez que la oportunidad y estrategias de acción difieren según sea el caso.

Así por ejemplo, cuando existe un mercado competitivo el análisis económico sugiere una actuación ex-post, procurando que las condiciones de competencia se preserven pero dirimiendo los conflictos que puedan surgir entre empresas. En el caso de los monopolios, se sugiere la actuación ex-ante, es decir, la regulación del mercado pretendiendo simular un mercado competitivo conforme los estándares de calidad deseables.

Esto nos lleva a analizar la relación entre dos realidades posibles: el monopolio natural y la competencia excesiva. Aunque se podría creer que son dos situaciones opuestas del problema, lo cierto es que entre estos dos escenarios existe una doble relación⁴. Por un lado, el esfuerzo de un monopolista natural por recuperar sus costos fijos cobrando precios muy por encima del costo marginal en los mercados donde no tiene competencia podrían volver a tales mercados atractivos para competidores cuyo costo marginal puede ser en efecto mayor que el del monopolista natural; en tal sentido, la competencia que se genera es excesiva en un sentido social. Por otro lado, si el mercado es un monopolio natural pero hay posibilidad de que más de una empresa entre al mercado, la competencia es más riesgosa que en los mercados normales debido a la alta proporción de costos fijos que caracteriza este tipo de mercados.

La regulación de mercados no es entonces exclusiva para los monopolios naturales. Es posible encontrar casos de sectores potencialmente competitivos (i.e. transporte aéreo y gas) que han sido sometidos en diferentes países a una regulación similar a la de los monopolios. Posner (Cit.) sostiene que la imposición de los mismos controles reguladores de los mercados monopolísticos en los mercados competitivos, se defiende con el argumento de que si no hubiera una regulación que limitara la reducción de precios y las nuevas entradas, habría una competencia excesiva, lo que generaría quiebras y el deterioro del servicio. No obstante, cuando los empresarios de los merca-

dos naturalmente competitivos se quejan de la competencia excesiva, lo que quieren decir es que se sentirían más felices si sus precios fuesen mayores que sus costos medios.

Dado que a menudo la competencia se da a través de variables distintas al precio, el análisis económico resulta ambiguo sobre los efectos en eficiencia de diferentes conductas de mercado, al tiempo que debe hacerse distinción entre las intenciones de las acciones estratégicas de las empresas y sus consecuencias efectivas. Por esta razón, las legislaciones sobre defensa de la competencia suelen recurrir al análisis casuístico estableciendo convenciones para definir las conductas anticompetitivas, es así como se hace frecuente la revisión jurisprudencial con el ánimo de determinar los hechos que se configuran en una práctica de este tipo.

Dos sistemas han tenido una importancia fundamental en el desarrollo del derecho de la competencia: el sistema americano basado en el concepto de poder de mercado establecido por la Ley Sherman, y el sistema europeo basado en el concepto de dominio establecido por los artículos 85 y 86 del Tratado de Roma. El primer sistema se centra en la habilidad de una empresa para reducir la producción y elevar los precios por encima del nivel que tendría en un mercado competitivo; mientras que el sistema europeo está centrado en la habilidad de una empresa dominante para limitar el acceso al mercado de otras competidoras o dañar el desempeño de los competidores más pequeños⁵.

La herramienta mediante la cual se diseñan las estrategias para regular conductas contrarias a la libre competencia es el derecho de la competencia. Este constituye una rama del derecho

⁴ POSNER, Richard, 1998, "Análisis Económico de la Ley", Fondo de Cultura Económica.

⁵ Para un análisis comparativo del sistema americano y europeo véase: Fundación de Investigaciones Económicas Latinoamericanas. La regulación de la competencia y de los servicios públicos. Teoría y experiencia argentina reciente. Buenos Aires, Argentina, 1998. Y Bullard Gonzalez, Alfredo. Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales. Palestra Editores. Lima, Perú. 2003.



económico en la regulación de conductas anticompetitivas como: prácticas restrictivas de la competencia, prácticas desleales, abuso de posición dominante frente al mercado y actividades que lesionan los intereses de los consumidores. Por lo general, estos acuerdos intentan frenar la entrada de nuevas empresas al mercado, expulsar a una firma ya existente o evitar la competencia entre los participantes actuales. Sobre esta tipificación se suelen clasificar las conductas anticompetitivas de las empresas.

2. EL SERVICIO DE ASEO EN COLOMBIA

La recolección de residuos sólidos y su disposición final constituyen prioridades ambientales que deben atender los gobiernos por las externalidades negativas que pueden surgir de un inadecuado manejo de los mismos. Las soluciones que cada país ha dado a este problema son disímiles y en muchos casos su manejo ha sido asumido con rentas municipales.

En nuestro país el servicio de aseo está contemplado como un servicio público domiciliario más dentro de la Ley 142 de 1994. En tal sentido, se previó que las tarifas por prestación de este servicio estarían sometidas al régimen tarifario y las metodologías que diseñen las comisiones de regulación. Se entiende así mismo la existencia de un control de precios en este mercado.

En este escenario, muchos podrían pensar que la regulación de precios en el servicio de aseo tiene la misma naturaleza de la regulación en servicios de red como ocurre con acueducto y alcantarillado que como ya dijimos tienen condición de monopolio, más aún considerando que los tres servicios han sido agrupados bajo el sector de agua potable y saneamiento básico con estrategias de política que suelen integrarlos.

En la sección anterior se mencionaron las diferencias estructurales de cada mercado. Mientras en acueducto y alcantarillado existen altos costos hundidos (por la condición de costos fijos elevados), y en Colombia esta es una actividad tradicionalmente desarrollada por empresas de

naturaleza industrial y comercial del Estado, el servicio de aseo en contraposición presenta la posibilidad de competencia efectiva en la actividad de recolección domiciliar, y su mercado ha tendido naturalmente en la última década a la prestación a través de empresas privadas en las ciudades de mayor tamaño⁶⁷.

Los resultados del análisis efectuado en este capítulo, dan cuenta de que el servicio de aseo no se puede seguir asimilando a los de acueducto y alcantarillado por el simple hecho de pertenecer al sector de saneamiento básico. Antes de entrar en la casuística de los conflictos típicos de competencia, vale la pena comprender la estructura del sector pues el mero hecho de que varias empresas coexistan en un mismo mercado no explica conductas anticompetitivas; ello se debe también a la posibilidad de desintegración vertical por componentes del servicio, la presencia de externalidades ambientales y la posibilidad de especialización y concentración del mercado.

De acuerdo con la definición dada por ley, el servicio de aseo comprende la actividad de recolección de residuos sólidos, las actividades complementarias de transporte, tratamiento, aprovechamiento y disposición final de tales residuos y otras actividades entre las que se encuentran el corte de césped y poda de árboles ubicados en las vías y áreas públicas, lavado de estas áreas, transferencia, tratamiento y aprovechamiento.

Bajo tal entendido, la provisión del servicio de aseo está compuesta de varias actividades que deben realizarse al tiempo y, por tanto, en coordinación unas de otras; mas ello no significa que deban ser desarrolladas por un mismo prestador. De ello se deriva la alta posibilidad de desagregación vertical por componentes del servicio.

⁶ A pesar de las posibilidades para la competencia que tiene el servicio de aseo, la Ley de Servicios Públicos en Colombia, previó la alternativa de otorgar temporalmente zonas de monopolio a los prestadores bajo la figura de Áreas de Servicio Exclusivo, con la condición de que se aumente la cobertura de prestación del servicio a las personas de menores ingresos.

⁷ Un análisis detallado de la naturaleza jurídica de los prestadores se presenta en el Capítulo I de este estudio.

Si bien es cierto que al realizar estas actividades de manera integrada en una sola empresa, resulta más fácil su coordinación e incluso aprovechar economías de escala, tal hecho no debe impedir la contratación libre del servicio entre usuarios y prestadores y mucho menos la entrada de nuevos oferentes al mercado.

No todos los componentes del servicio de aseo permiten la competencia efectiva. La disposición final de residuos es una actividad reservada para muy pocos operadores por los altos costos de inversión de largo plazo, aun cuando se desarrolla en sitios de acceso abierto a los prestadores de la actividad previa en la cadena de prestación del servicio (Recolección y transporte de residuos). La única competencia para este componente del servicio, parecen ser las alternativas tecnológicas para la transformación de residuos sólidos y el aprovechamiento de residuos.

Además, la competencia en este servicio está limitada a la posibilidad de que se logren generar las economías de aglomeración suficientes para garantizar la sostenibilidad del prestador en el mercado. En el servicio de aseo, dichas economías se entiende que ocurren cuando es posible un ahorro en costos por la prestación del servicio a varios usuarios que se encuentran en un mismo lugar o una zona geográfica cercana.

En tal sentido, encontramos una similitud interesante entre el servicio de energía eléctrica y el servicio de aseo. En el primer caso, el servicio se compone de actividades que parten de la producción del bien a transar hasta la entrega del producto al usuario final, así:

Generación – Transmisión – Distribución – Comercialización a usuario final

En el caso de aseo, ocurre la singularidad sectorial de que siendo el domicilio el generador natural del desperdicio, ella le haría inclusive el servicio público domiciliario por excelencia, a diferencia de la energía u otros cuya generación es ajena al domicilio. Aquí, como en energía también es posible la competencia en algunas actividades del

servicio, mientras que en otras los altos costos fijos dejan cabida al monopolio.

La primera actividad del servicio de aseo es la relación con el usuario final, y va hasta la actividad en la que el prestador se deshace de los residuos recolectados a los usuarios. En tal sentido, podemos decir que mientras el producto que se genera en el sector de energía es tangible (la energía eléctrica), el producto que se genera en aseo no es visible para el usuario que lo adquiere, y que podemos denominar "impacto ambiental positivo" para la sociedad⁸ bajo una cadena del siguiente tipo:

Comercialización – Recolección – Transporte – Disposición final

Asociadas a esta cadena se encuentran otras actividades como barrido de vías y áreas públicas y corte de césped que podrían asimilarse al alumbrado público, en la medida en que pretenden remunerar el costo del mantenimiento de bienes que tienen la condición de bienes públicos⁹.

Es pertinente mencionar que a buena hora la CRA dio una señal acerca de la responsabilidad del prestador del servicio de recolección de garantizar a los usuarios el servicio de barrido (bien común que todos pagamos para beneficio de todos), en la nueva metodología tarifaria –Resolución CRA 351 de 2006–. No obstante, con esta medida queda todavía por resolver la atención de ciertos sectores no asociados a usuarios específicos como lo son parques, alamedas, etc.

⁸ Entendido este último como el producto final de facilitarle al usuario el "deshacerse" de sus residuos de una manera ambientalmente sana, esto es, haciendo una adecuada disposición final de ellos.

⁹ Se conocen como bienes públicos aquellos cuyos beneficios se reparten entre un grupo más o menos amplio de individuos independientemente de que deseen o no consumirlos. Este tipo de bienes cumple tres características: *no son divisibles*, es decir, no es posible realizar una distribución de sus derechos de uso entre los individuos de una comunidad; *no son excluibles*, si está disponible para una persona automáticamente lo está para los demás; y finalmente los bienes públicos *no son rivales*, es decir, no compiten por un mercado.



Adicionalmente, en esta caracterización del mercado de aseo no pueden perderse de vista las características del bien objeto del servicio. Los residuos sólidos tienen la condición de ser un "producto" del cual todos quieren deshacerse al menor costo posible. Esta condición tiene una implicación doble para efectos del análisis de competencia: por un lado, existe la posibilidad de que se presente el fenómeno del polizón¹⁰, razón por la cual la misma ley ha previsto la vinculación obligatoria al servicio por parte de todos los usuarios. Ello hace que los prestadores tengan garantizada una demanda cautiva, aspecto fundamental a incluir dentro del análisis para poder comprender las verdaderas posibilidades de un escenario de competencia.

Por otro lado, este mercado presenta varias distorsiones respecto de cualquier otro mercado competitivo como que algunos elementos asociados al servicio y, por tanto, involucrados en el precio no son percibidos directamente por el usuario, como es el caso de la disposición final dado que una vez el usuario entrega sus residuos, le es indiferente la calidad del sitio donde el prestador realice la disposición o el fin último de los residuos.

Así las cosas, bajo condiciones racionales, la elección del consumidor de este servicio está directamente asociada al precio cobrado por el servicio y a las condiciones que puede percibir en términos de la calidad de la recolección y el barrido frente a su domicilio¹¹. En algunos casos, su decisión estará asociada con la calidad de la atención al cliente, dado que pocos son los usuarios que presentan reclamaciones por este servicio o que se acercan a los puntos de atención¹².

3. CONFLICTOS DE COMPETENCIA IDENTIFICADOS EN EL SERVICIO DE ASEO EN COLOMBIA

Tal como se mencionó al comienzo del documento, la libre competencia deriva beneficios directos sobre el bienestar general no solo porque el excedente de los consumidores se maximiza, sino por los incentivos que la rivalidad permanente

entre las empresas por hacerse sostenibles en el mercado conlleva sobre la calidad del servicio, los precios y la innovación.

En el caso concreto del servicio de aseo, la competencia ha generado beneficios en el sector por la prestación de componentes del servicio antes no ofrecidos por el único prestador disponible en el mercado, un mejor servicio a los usuarios, y en algunos casos, menores tarifas.

No obstante lo anterior, la experiencia de la SSPD en el ejercicio de la vigilancia y control, evidencia la presencia de conductas contrarias a la competencia entre prestadores del servicio, focalizados en algunos lugares donde el mercado no se ha organizado en función de las economías de aglomeración por la intervención de fuerzas externas que alteran el normal funcionamiento del mismo. En función de esta tipología, a continuación se enumeran las principales conductas anticompetitivas detectadas en el país, clasificándolas en tres grupos, según corresponda a los agentes involucrados en cada evento.

3.1. PROBLEMAS ENTRE PRESTADORES DE SERVICIOS PÚBLICOS

El primer grupo de eventos develados en el ejercicio de las funciones de la Superintendencia, corresponde a los problemas surgidos entre prestadores del servicio caracterizados por: conductas de competencia desleal y prácticas restrictivas de la competencia; igualmente hemos detectado abusos de posición dominante relacio-

¹⁰ El problema del polizón o "free-rider" da cuenta de quienes disfrutan de los beneficios resultantes de una acción sin asumir los costos de la misma, por lo que existirá una tentación muy fuerte a esperar que sean otros los que se movilicen y obtengan beneficios para todos. En este caso, esperar una solución ambiental al problema de residuos sólidos que no sea a su cargo.

¹¹ Tal como en el caso de la disposición final, podría pensarse que el usuario no está principalmente interesado en el barrido de zonas diferentes al frente de su domicilio.

¹² Las mediciones del nivel de satisfacción del usuario realizadas por la SSPD en el primer semestre de 2005 y 2006, muestran que solamente el 4% de los usuarios del servicio de aseo han acudido a un centro de atención al usuario.

nados con limitaciones de acceso al sitio de disposición final. Este tipo de prácticas ha sido evidenciado en mercados como el de Bucaramanga, Santander y Soledad, Atlántico.

Concretamente, respecto a este tipo de conductas anticompetitivas, se han presentado los siguientes hechos que se enumeran en la Tabla 2.1.

Tabla 2.1
HECHOS CONCRETOS CON RESPECTO A CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS

Tema	Hechos concretos
Afiliación y desafiliación de usuarios	• Manipulación de los procedimientos de afiliación y desafiliación de usuarios, mediante la exigencia de requisitos adicionales a los establecidos en la normatividad vigente (por ejemplo huella digital). • Demora en el trámite de desvinculación de usuarios para entorpecer el proceso de afiliación ante otro prestador. • Desacreditación de la competencia para promover la desafiliación de usuarios.
Manipulación de tarifas	• Se ofrecen servicios gratuitos y/o adicionales al servicio ordinario (i.e. poda de jardines internos, lavado de tanques y zonas de almacenamiento de residuos y barrido de áreas comunes internas en urbanizaciones), con la intención de provocar la desvinculación de los usuarios del competidor. • Se ofrecen descuentos en la tarifa por el hecho de desafiarse del competidor. • Se cobran tarifas por debajo de los costos (i.e. cobrar botadero cuando se tiene licencia de relleno, para evitar un incremento en tarifa) y, por tanto, se compite con tarifas más bajas que no remuneran todas las actividades. • No actualizan tarifas con el IPC acorde con lo previsto en el artículo 125 de la Ley 142 de 1994 y la Resolución CRA 200 de 2001. • Tarifas que no incluyen sobrepagos a usuarios objeto del mismo. • No prestación del servicio de barrido para tener una tarifa más baja. • Sacrificio de inversiones o costos de mantenimiento para acceder al mercado con precios más bajos, por ejemplo, realizando la recolección con vehículos que no cumplen el lleno de requisitos legales.
Facturación conjunta	• La empresa encargada de la facturación, por lo general, el prestador de acueducto, toma parte en los problemas de competencia y decide a nombre de cuál prestador de aseo factura el servicio a cada usuario. Este hecho es más común cuando existe relación (i.e. socio) entre el prestador de acueducto y el de aseo. • Restricciones para acceder a un convenio de facturación conjunta cuando el prestador del servicio de acueducto tiene algún vínculo (i.e. socios) con un prestador de aseo existente en el área de prestación. • Establecimiento de condiciones diferentes de facturación conjunta de la empresa de acueducto para con otros prestadores de aseo en el mismo mercado.
Restricciones de acceso	• Restricciones de acceso al sitio de disposición final, el operador del sitio se niega a recibir los residuos de otros prestadores.
Altos cobros a los competidores	• Cobros de disposición final a otros prestadores superiores a los valores máximos regulados por la CRA.



3.2. PROBLEMAS ENTRE LOS PRESTADORES Y LOS USUARIOS

Aunque la naturaleza de las prácticas opuestas a la competencia está asociada a conflictos entre empresas, es claro que el efecto final de las mismas lo perciben los usuarios del servicio, porque en muchos casos ellos son el objeto de la disputa y, en tal sentido, permanecen en medio del conflicto. En segundo lugar, porque los perjuicios de la distorsión de precios terminan afectando la calidad de la prestación y en mayores reclamaciones interpuestas por los usuarios. De esta manera se explica que los casos de abuso de posición dominante sobre el usuario, se asimilen a los hechos descritos antes, relativos a conflictos entre prestadores.

Así las cosas, la importancia de establecer reglas claras de competencia en servicios públicos

es determinante no solo para prevenir posibles situaciones conflictivas entre prestadores, sino principalmente para proteger los derechos de los usuarios y evitar lesionar los intereses de los consumidores. Al respecto es de mencionar que la evidencia empírica ha mostrado que la competencia, por lo menos en el servicio de aseo, no se ha dado por lo general vía reducción en precios, con excepción del mercado por los grandes generadores.

Bajo esta línea y considerando los postulados económicos antes citados, es claro que la relación usuario-prestador en un mercado regulado está caracterizada por asimetrías de información y por decisiones que pueden ser fácilmente distorsionadas por fuerzas diferentes a las del mercado. Estos hechos son frecuentemente evidenciados en conductas en las cuales el prestador del servicio abusa de su posición de dominio frente al usuario, en situaciones como las que se describen a continuación:

Tabla 2.2
Hechos concretos con respecto a abuso de posición dominante

Tema	Hechos concretos
Afiliación y desafiliación	- Manipulación de los procedimientos de afiliación y desafiliación de usuarios exigiendo requisitos adicionales a los establecidos en la normatividad vigente para la desafiliación de un usuario que lo solicita. - Demora voluntaria en el trámite de desvinculación para entorpecer el proceso de afiliación ante otro prestador. - Afiliación de los usuarios con engaño, por ejemplo, haciéndolos firmar documentos que resultan ser solicitudes de afiliación o validando las mismas con la firma por parte de personas que no ostentan la calidad para tal efecto (i.e. menores de edad o empleados domésticos).
Información al usuario	- El prestador no divulga el contrato de condiciones uniformes. Por lo tanto, no se informa a los usuarios sobre sus derechos y los requisitos para acceder al servicio o una opción tarifaria. En otros casos, donde el contrato sí es divulgado, se desconoce lo estipulado en las cláusulas del mismo. - No atención de peticiones, quejas y reclamos que presenta el usuario, principalmente cuando las mismas pretenden la desvinculación del servicio por cambio de prestador. - No se conceden los recursos de reposición y apelación a los usuarios.
Cobro	Cuando no está clara la efectiva desafiliación ante un prestador, es frecuente encontrar casos de doble facturación del servicio a un usuario, que se constituyen en cobros de servicios no prestados por parte de un prestador.

Tema	Hechos concretos
Clasificación de Usuarios	- Utilización del catastro de usuarios de acueducto para la facturación de aseo, sin que se haya establecido contrato del servicio de aseo con el usuario; es decir, sin que medie una efectiva afiliación del mismo al nuevo prestador. - El uso o estrato asignado a un determinado inmueble es modificado sin justa causa, o según interpretación del prestador de la regulación vigente (i.e. local conexo a la vivienda, inquilinato, multiusuario).

3.3. PROBLEMAS ENTRE PRESTADORES DEL SERVICIO PÚBLICO Y TERCEROS

El uso del poder de mercado le permite a una empresa dominante cuando así lo desee, desplazar del mercado a otras empresas competidoras. Sin embargo, si unido al poder de mercado existe un vínculo entre las autoridades locales y el prestador la situación se torna más compleja.

Se trata de casos de abuso de posición dominante por parte de un tercero, ajeno al mercado, pero con el poder para influir en la operación de un prestador de servicios públicos. Estas entidades pueden alterar el funcionamiento normal del mercado mediante acciones indirectas para restringir la competencia, en eventos tales como:

- Cuando el municipio es el propietario de la infraestructura para la prestación del servicio.
- Prelación en la asignación de recursos para inversión y en la asignación de subsidios a un determinado prestador, preferentemente el prestador de naturaleza oficial preexistente en la zona.
- Expedición de actos por autoridades locales o ambientales que restringen la entrada al mercado (i.e. otorgan por acuerdo municipal exclusividad o asignan permisos de operación) o la posibilidad de otorgar o negar en forma discriminatoria requisitos adicionales para la prestación del servicio, o determinar a través del permiso los usuarios de un determinado bien necesario para la prestación del servicio (licencias o permisos especiales).
- Esquemas de regionalización que puedan favorecer la restricción de la competencia. Lo

mismo puede ocurrir cuando se intenta favorecer la desintegración vertical.

- Publicidad negativa de un prestador que quiere ser desplazado del mercado ante los usuarios del servicio.

4. ACCIONES DE LA SSPD PARA CONTROLAR LAS PRÁCTICAS CONTRA LA COMPETENCIA

La libertad asociada al concepto de competencia, implica responsabilidades para las diferentes entidades encargadas de velar por el buen desempeño de los mercados, no solo en el ámbito normativo sino principalmente en materia de vigilancia y control.

En virtud de los preceptos constitucionales sobre libertad de competencia económica, así como, las facultades asignadas en la ley de servicios públicos domiciliarios sobre este mismo particular, esta Superintendencia se ha preocupado por acompañar los procesos llevados a cabo en las localidades, dirimir conflictos asociados con conductas anticompetitivas e investigar y sancionar en los casos en que a ello hay lugar.

Para tales efectos dispone de un marco legal que respalda las actuaciones iniciadas por la entidad. Concretamente la ley de servicios públicos prohíbe las prácticas discriminatorias, abusivas o restrictivas en los actos y contratos que celebren los prestadores, de tal forma que se eviten privilegios y discriminaciones injustificadas, así como toda práctica que tenga la capacidad, el propósito o el efecto de generar competencia desleal o de restringir en forma indebida la competencia.



El artículo 34 de la Ley 142 de 1994 considera restricciones indebidas a la competencia, entre otras, las siguientes:

- El cobro de tarifas que no cubran los gastos de operación de un servicio.
- La prestación gratuita o a precios o tarifas inferiores al costo, de servicios adicionales a los que contempla la tarifa.
- Los acuerdos con otras empresas para repartirse cuotas o clases de servicios, o para establecer tarifas, creando restricciones de oferta o elevando las tarifas por encima de lo que ocurriría en condiciones de competencia.
- Cualquier clase de acuerdo con eventuales opositores o competidores durante el trámite de cualquier acto o contrato en el que deba haber citaciones al público o a eventuales competidores, y que tenga como propósito o como efecto modificar el resultado que se habría obtenido en plena competencia.
- Las que describe el Título V del Libro I del Decreto 410 de 1971 (Código de Comercio) sobre competencia desleal.
- El abuso de la posición dominante al que se refiere el artículo 133 de la misma ley, cualquiera que sea la otra parte contratante y en cualquier clase de contratos.

La competencia en el servicio de aseo se ha hecho más evidente en los últimos años, en especial desde el año 2003, por lo cual esta Superintendencia ha tenido que fortalecer sus acciones de vigilancia y control, dentro de las cuales se han adelantado procesos tales como:

- Intentos de conciliación voluntaria entre las partes involucradas en conflictos de competencia, para el esclarecimiento de reglas en prácticas como la vinculación y desvinculación de usuarios, con el propósito de proteger los derechos de los usuarios y promover una sana competencia.
- La imposición de multas a los prestadores que incurrieron en estas prácticas por un valor que

agregado supera los 850 millones de pesos a septiembre de 2006.

- Los prestadores ya sancionados se mantienen en un proceso de vigilancia constante de tal forma que cualquier reincidencia es inmediatamente objeto de control.
- La estrategia de Participación Ciudadana, derivada de los preceptos relativos constitucionales, a través de acciones institucionales en las cuales se ha invitado a los prestadores y suscriptores a emprender tareas conjuntas de aprendizaje sobre sus respectivas responsabilidades sectoriales.

5. REFLEXIONES FINALES

En este documento se muestra que la necesidad de preservar las condiciones de competencia en los mercados, trasciende la esfera de los conflictos entre empresas puesto que se están produciendo daños a los intereses de los suscriptores dado que pueden intervenir otros agentes no involucrados directamente en las transacciones del mercado.

La experiencia en el ejercicio de la vigilancia y control evidencia que el sector de aseo requiere un marco jurídico que establezca reglas claras de competencia, con miras a evitar o resolver los diferentes conflictos surgidos entre los prestadores del servicio por prácticas anticompetitivas. En tal sentido, amerita un tratamiento diferencial frente a los demás servicios que hacen parte del sector de agua potable y saneamiento básico.

Precisamente, el análisis de caso realizado por la Superintendencia, compilado en este documento, contribuye a ampliar la óptica respecto de la variedad de posibilidades en que pueden presentarse este tipo de conductas, y de la imperiosa necesidad de avanzar en la regulación de conductas que van más allá de simples relaciones interempresariales.

El análisis presentado sugiere además la importancia de ampliar la mirada al problema, incor-

porando a la discusión aspectos relacionados con la protección de los derechos de los usuarios, así como el papel de las autoridades locales no prestadoras de servicios públicos en el desarrollo de dicha actividad.

En relación con el abuso de posición dominante sobre usuarios, es claro entonces que no basta con establecer criterios generales sobre protección de los derechos de los usuarios exclusivamente en materia contractual. En la revisión realizada se detectaron problemáticas que sobrepasan el alcance de lo estipulado en las condiciones uniformes del contrato (i.e. definición de un periodo mínimo de permanencia y un procedimiento para la desafiliación—terminación del contrato—de usuarios) y que, en tal sentido, deberían ser tomados en cuenta en un único acto administrativo, una regulación especial, que revista incluso el carácter de un estatuto de protección al usuario.

Además se llama la atención sobre la necesidad de dar un giro inaplazable en el entendimiento de los prestadores acerca de su razón de ser, "el cliente", respetando su capacidad y derechos de elección y estimulando, a su vez, el ejercicio de acciones responsables para mejorar la calidad en la prestación del servicio.

Aunado a los problemas evidenciados con las autoridades locales en materia de competencia y abusos de posición dominante, surgen también algunos tópicos que ameritan ser tomados en cuenta en el estudio y análisis que adelanten los entes competentes, con miras a definir medidas que regulen este tipo de conductas:

- En virtud de las diferentes modalidades de prácticas contrarias a la competencia, y sin querer entrar en contradicción con el derecho a la libre competencia, resulta interesante preguntarse por la posibilidad de que se conformen áreas de servicio exclusivo en algunos mercados que han resultado particularmente conflictivos en materia de competencia. En otros casos, donde las condiciones para la conformación de ASEs está

dada, los entes territoriales competentes no lo hacen por temor a que la empresa municipal no resulte seleccionada. Esto ha aplazado la solución de problemas claros de competencia desleal o abusos de posición dominante, donde el ejercicio de acciones sancionatorias no resultan una alternativa que incentive un comportamiento de mercado diferente. En otros casos esta alternativa se evade por el problema social de quién debe ser el prestador (caso Soledad - Atlántico).

- Carencia de condiciones y procedimiento para la afiliación y desafiliación de usuarios. La práctica demuestra que muchos de estos problemas ocurren debido al desconocimiento de quién puede presentar la solicitud y los requisitos en cuanto a la libre elección del prestador.
- La regulación de los convenios de facturación conjunta para que las condiciones sean las mismas, de tal manera que no sea posible el establecimiento de condiciones especiales con ciertos prestadores en pro de favorecer a alguno de ellos. Además de prever una regulación uniforme en materia de facturación conjunta cuando esta se realiza con prestadores de otros servicios (i.e. energía, acueducto, gas).
- Generar incentivos para aprovechar las economías de aglomeración y evitar la competencia excesiva por usuarios. Respecto al primer aspecto, el servicio de aseo aunque permita la coexistencia de varios prestadores simultáneamente en el mismo mercado, está restringido por las economías que permite la prestación por zonas. Frente al segundo aspecto, se mencionó que un exceso de competencia puede derivar en consecuencias perversas para las empresas y los usuarios. Por un lado, porque la entrada de nuevas empresas generaría quiebras para todos los participantes del mercado, bajo el supuesto de que la competencia se diera vía precios. Por otro lado, y alternativamente, el consumidor podría ver afectadas las condiciones de calidad del servicio por dos vías: 1) si la com-

petencia implica reducciones de precios que no permitan la recuperación de costos e inversiones, o 2) para no reducir los precios, simplemente se sacrifican las inversiones.

- En la formulación de la regulación se debe tener en cuenta que el desarrollo de las economías de mercado contiene elementos concentradores de la propiedad de las empresas y de los niveles de participación en los mercados. Dichos elementos concentradores además suelen tener como resultado una posición dominante. En tal sentido resulta imperioso hacer un seguimiento cuidadoso a la concentración de la propiedad accionaria en empresas con actividades complementarias en un mismo sector o sectores afines en la prestación de cada servicio público, no solo el servicio de aseo¹³.
- Desarrollo de la regulación para diferenciar las competencias de múltiples entidades asociadas al servicio, donde no solo el prestador

aparece como responsable en la toma de decisiones.

- La limitación, por vía general, de la duración de los contratos que celebren las empresas de servicios públicos, para evitar que se limite la posibilidad de competencia.
- Definir las condiciones para ordenar la escisión o fusión de empresas cuando ello resulte pertinente conforme lo previsto en la Ley 142 de 1994, toda vez que la misma dotó a algunas instituciones con este tipo de herramientas con el único propósito de garantizar a toda la población la provisión de un servicio esencial con calidad y continuidad.
- En el mismo sentido, se deberá prever los posibles efectos de la creación de incentivos para la regionalización (pequeños prestadores absorbidos o excluidos por grandes ESP's, o favorecidos por autoridades locales), la desintegración vertical de actividades (problemas por bando).

¹³ Una discusión más detallada sobre este particular se presentó en el numeral 1.