



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

RESOLUCIÓN NÚMERO DE 2012

Radicación: 09-130856

53992 14 SEP 2012

Por la cual se imponen unas sanciones

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO,
en ejercicio de sus facultades legales, en especial de las previstas
en la Ley 1340 de 2009, en el Decreto 4886 de 2011¹,
en concordancia con el Decreto 2153 de 1992², y,

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que mediante Resolución No. 12905 del 11 de marzo de 2011, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia (en adelante el "Delegado") ordenó abrir investigación para determinar si la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P. – EAAB – (en adelante "EAAB") habría infringido lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y en el numeral 4 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992.

Asimismo, la mencionada Resolución ordenó abrir investigación para determinar si el señor LUIS FERNANDO ULLOA VERGARA, representante legal de la entidad investigada, incurrió en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992³.

SEGUNDO: Que la Resolución de Apertura de Investigación⁴ fundamentó las imputaciones jurídicas anteriormente señaladas, en los siguientes términos:

Respecto de la definición del mercado involucrado, se concluyó que la supuesta conducta anticompetitiva desarrollada por la EAAB se dio en el mercado de distribución y comercialización de agua en bloque por redes en el área urbana y rural de la ciudad de Bogotá y los municipios de Gachancipá y Soacha en Cundinamarca. De igual manera, en la citada Resolución se consideró que, por ser la EAAB la única empresa oferente que participa en el mercado relevante definido y al no existir competidores que pudiesen ofrecer los mismos servicios que ésta presta, ostentaba una posición de dominio.

Frente a las conductas investigadas, se señaló que posiblemente la EAAB estaría abusando de la posición de dominio en el mercado definido, con el propósito de eliminar la competencia en el mercado de comercialización del servicio público domiciliario de acueducto. Lo anterior, debido a que, con base en el Acuerdo de Junta Directiva 08 de 2008, la EAAB aumentó las tarifas de suministro de agua en bloque únicamente a aquellas empresas que eran competidoras de la EAAB en la comercialización de agua potable.

Adicionalmente, de acuerdo con el análisis realizado, la Delegatura señaló que al parecer no existe oferta sustituta real de suministro de agua en bloque para los prestadores del servicio de acueducto que adquieren agua a través de esta modalidad.

¹ Mediante el cual se modificó el Decreto 3523 de 2009 a su vez modificado por el del Decreto 1687 de 2010.

² Modificado por el Decreto 019 de 2012.

³ Subrogado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

⁴ Documento obrante en el Cuaderno No. 2 del expediente, folios 448 a 477.

Por otro lado, para la Delegatura existían indicios que llevaban a pensar que la expedición del Acuerdo de Junta Directiva No. 08 de 2008, posiblemente tendría por objeto y/o efecto restringir el mercado de compra y venta de agua en bloque, determinando así precios inequitativos para las empresas comercializadoras adquirientes de dicho producto y que atienden usuarios finales en los municipios donde la EAAB es prestadora del servicio de acueducto, situación que podría constituir una infracción al artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

Finalmente, se decidió abrir investigación en contra del señor LUIS FERNANDO ULLOA VERGARA, como representante legal de la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ – EAAB E.S.P., con el fin de determinar si en desarrollo de las funciones de su cargo pudo haber infringido las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas.

TERCERO: Que una vez notificada la Resolución de Apertura a los Investigados, y corrido el término para solicitar y aportar pruebas, mediante Resolución No. 43097 del 22 de agosto de 2011⁵ y conforme lo dispone el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, el Delegado ordenó practicar parte de las pruebas solicitadas y tener como tales otras de las aportadas por los Investigados. Igualmente, en dicho acto se decretaron pruebas de oficio y se rechazaron algunas de las solicitadas por los apoderados.

CUARTO: Que el 2 de septiembre de 2011⁶, una vez transcurrido el término establecido por el artículo 19 de la Ley 1340 de 2009 para la intervención de terceros, el señor LUIS FELIPE DEL SANTO DE VALDENEBRO BUENO, en su calidad de representante legal de la sociedad Cooperativa de Servicios Públicos de Acueducto y Alcantarillado de la Parcelación El Jardín Limitada – COOPJARDIN E.S.P LTDA. (en adelante "COOPJARDIN"), solicitó la intervención en la investigación como tercero interesado.

QUINTO: Que mediante Resolución No. 49771 del 21 de septiembre de 2011, el Delegado corrió traslado de la petición de COOPJARDIN a los Investigados⁷.

SEXTO: Que mediante Resolución No. 52703 de 28 de septiembre de 2011⁸ se reprogramó la práctica de algunas pruebas y se aceptó la solicitud realizada por el Apoderado de la investigada, de desistir de la prueba consistente en librar oficio a las Empresas de Acueducto y Alcantarillado EL RINCÓN EMAR S.A. ESP (en adelante "EMAR") y COOPJARDIN para que *"Aporten la documentación que pruebe la afectación que han tenido en su capacidad de competir por la potencial aplicación del Acuerdo 08 de 2008 de la Junta Directiva de la EAAB, afectación soportada en términos de metros cúbicos dejados de vender y números de suscriptores potenciales no atendidos"*.

SÉPTIMO: Que mediante Resolución No. 57716 del 24 de octubre de 2011⁹, el Delegado para la Protección de la Competencia negó la solicitud de tercero interesado a COOPJARDIN por extemporánea.

⁵ Cuaderno No. 3 del Expediente, folios 603 a 610A.

⁶ Cuaderno No. 3 del Expediente, folio 622.

⁷ Cuaderno No. 3 del Expediente, folios 694 a 696.

⁸ Cuaderno No. 3 del Expediente, folios 704 a 710.

⁹ Cuaderno No. 5 del Expediente, folios 1310 a 1314.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

OCTAVO: Que mediante las Resoluciones No. 76661 del 27 de diciembre de 2011¹⁰ y 79107 de 30 de diciembre de 2011¹¹ la Delegatura limitó la práctica de algunas pruebas decretadas en la Resolución No. 43097 del 22 de agosto de 2011.

NOVENO: Que el 6 de julio de 2012, una vez culminó la etapa probatoria y se llevó a cabo la audiencia de descargos¹², el Delegado presentó ante el Superintendente de Industria y Comercio el Informe Motivado con el resultado de la etapa de instrucción¹³. En la misma fecha, como lo prevé el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, se dio traslado del mencionado Informe a los investigados, cuyos principales aspectos se resumen a continuación:

Como base de la definición del mercado relevante, en primer lugar la Delegatura realizó una descripción de la estructura de la cadena productiva del agua potable en Colombia y el mercado de agua en bloque, la cual se resume en la siguiente tabla:

Tabla 1
Etapas de la cadena productiva de agua potable

Etapa		Descripción
Captación		En Colombia, las principales fuentes hídricas son: (i) Aguas superficiales como ríos, arroyos y lagos u otras fuentes hídricas de las cuales se toma el agua a través de bocatomas. (ii) Aguas subterráneas a través de pozos o galerías filtrantes.
Potabilización		Se realiza en una planta de tratamiento y se compone de las siguientes etapas: (i) Sedimentación: es el asentamiento por gravedad de partículas sólidas presentes en el agua. (ii) Filtración: se utiliza para obtener una mayor clarificación. (iii) Aireación: se realiza con el objeto de reducir el dióxido de carbono y mejorar la purificación. (iv) Almacenamiento: se acopia el agua en tanques y se desinfecta a través de tratamientos químicos que utilizan productos como el ozono, yodo, plata y cloro.
Suministro	Distribución	Se realiza a través de una red matriz que parte desde la planta de tratamiento o tanque de almacenamiento y finaliza en las redes secundarias de comercialización.
	Comercialización	En esta etapa se realiza la distribución de agua al usuario final ya sea residencial o no residencial. Se compone de dos fases: (i) Fase 1: El agua potable es conducida a los barrios y urbanizaciones de la ciudad a través de una red secundaria que se deriva de la red primaria. (ii) Fase 2: El agua potable es conducida por una red de distribución local derivada de la red secundaria que llega hasta la acometida de cada inmueble. Se excluye la red interna que corresponde al sistema de abastecimiento de agua del inmueble.

Fuente: Informe Motivado, pp. 11 a 18.

¹⁰ Cuaderno No. 6 del Expediente, folios 1319 a 1321.

¹¹ Cuaderno No. 6 del Expediente, folios 1324 a 1326.

¹² La audiencia de descargos establecida en el artículo 155 del Decreto 019 de 2012, se llevó a cabo el 8 de marzo de 2012, en la que el Apoderado de la Investigada expuso sus argumentos en contra de las acusaciones de los quejosos.

¹³ Cuaderno N° 6 del Expediente, folio 1422.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Señaló que en algunos casos, las empresas prestadoras del servicio público de acueducto, en desarrollo de las actividades de captación y potabilización, generan excedentes de agua potable que pueden ser vendidos en el mercado de distribución de agua en bloque¹⁴ a agentes comercializadores que se dedican exclusivamente a la comercialización de agua.

En cuanto al suministro de agua en bloque, se indicó en el citado Informe que, según el concepto de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios – SSPD, el suministro de agua en bloque hace parte de la actividad de distribución de la empresa de acueducto, sólo que en este caso el agua no es entregada directamente al usuario final sino a un prestador del servicio público domiciliario de acueducto a través de dos vías: (i) por negociación y acuerdo entre las partes, o (ii) por imposición de una servidumbre de acceso o interconexión, entendida como la facultad del Estado de exigir a un prestador el acceso al derecho de uso de las redes de un distribuidor, de manera que otro prestador pueda prestar el servicio.

Una vez analizada la estructura de la cadena del servicio de agua potable en Colombia, se realizó en el Informe Motivado una revisión de las disposiciones regulatorias respecto de las tarifas de agua potable y agua en bloque.

- Ley 142 de 1994, artículo 88 numeral 1: *"Las empresas deberán ceñirse a las fórmulas que defina periódicamente la respectiva comisión para fijar sus tarifas, salvo en los casos excepcionales [...] De acuerdo con los estudios de costos, la comisión reguladora podrá establecer topes máximos y mínimos tarifarios, de obligatorio cumplimiento por parte de las empresas; igualmente, podrá definir las metodologías para determinación de tarifas si conviene en aplicar el régimen de libertad regulada o vigilada"*.
- Resolución CRA No. 03 de 1996: estableció el esquema de libertad regulada de tarifas¹⁵ al cual están sometidas todas las entidades que en el territorio nacional presten el servicio público de acueducto y alcantarillado. Este esquema permite a cada prestador del servicio establecer sus tarifas de acuerdo con su estructura de costos, bajo los principios de solidaridad y redistribución del ingreso del esquema de contribuciones y subsidios cuyo fin es el de asegurar el acceso de la población de menores ingresos al servicio de acueducto.
- Resolución CRA No. 287 de 2004: estableció la metodología tarifaria para regular el cálculo de los costos de prestación de los servicios de acueducto y alcantarillado. De acuerdo con la mencionada Resolución el cargo a calcular y cobrar por parte de las empresas prestadoras del servicio se encuentra conformado por cuatro componentes que deben calcularse para todas las actividades relacionadas con la prestación del servicio¹⁶, los cuales son: (i) Costos Medios de Operación (CMO); (ii) Costos Medios de Inversión (CMI); (iii) Costos Medios de Administración (CMA) y; (iv) Costos Medios de Tasas Ambientales (CMT).

¹⁴ Según el numeral 3.45 del Artículo 3 del Decreto 229 de 2002 el servicio de agua en bloque es "el que se presta por las personas prestadoras de servicios públicos de acueducto que distribuyen y/o comercializan agua a distintos tipos de usuarios."

¹⁵ Según el numeral 10 del artículo 14 de la Ley 142 de 1994, la libertad regulada es un régimen de tarifas a través del cual la comisión de regulación respectiva fija los criterios y la metodología que deben seguir las empresas de servicios públicos domiciliarios para determinar o modificar los precios máximos para los servicios ofrecidos al usuario o consumidor.

¹⁶ Las actividades relacionadas con la prestación del servicio, en general, son: captación, potabilización, distribución y comercialización.

RESOLUCIÓN NÚMERO **53992** DE 2012 Hoja N°. 5

"Por la cual se imponen unas sanciones"

- Se señala en el Informe Motivado que la Resolución CRA No. 287 de 2004 no incluye la metodología de cálculo tarifario que se debe aplicar cuando existe desagregación vertical, es decir, cuando las actividades de captación, potabilización y distribución no son desarrolladas por el mismo prestador de la actividad de comercialización del servicio público de acueducto.

Posteriormente, se realizó la definición del mercado relevante sobre el cual se estructura la conducta endilgada. Según el mencionado Informe, en el presente caso existen dos mercados relevantes: (i) el mercado de prestación del servicio público domiciliario de acueducto, y (ii) el mercado de suministro de agua en bloque.

El Delegado aclaró que si bien el abuso de la posición de dominio que se reprocha se da en el mercado de suministro de agua en bloque, su objeto y los efectos se verían en el mercado de prestación del servicio de acueducto en la zona geográfica en donde participa la EAAB, y en la cual compite directamente o es competidor potencial de las empresas de acueducto a las que les suministra agua en bloque, en especial las sociedades EMAR y COOPJARDIN.

Sobre el mercado geográfico, se consideró que se circunscribe a la ciudad de Bogotá y nueve municipios circundantes, toda vez que para prestar el servicio de distribución de agua en bloque se requiere de la captación de agua cruda de una fuente hídrica, de una planta de potabilización y de una red primaria o matriz de suministro, ubicados directamente en los entes territoriales en los que se presta el servicio.

El Delegado consideró que la EAAB ostenta posición de dominio en el mercado de distribución de agua en bloque en la ciudad de Bogotá y los municipios circundantes de Soacha, Madrid, Funza, Sopó, Cajicá, Tocancipá, La Calera, Chía y Mosquera, lo cual le otorga la posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones del mercado.

Como fundamento para concluir que la EAAB tiene posición de dominio, la Delegatura tuvo en cuenta la cuota de mercado de la empresa en el mercado relevante, que es del 100%, y la existencia de barreras de entrada al mercado definido, entre las que se encuentran: (i) restricciones en la disponibilidad natural de fuentes hídricas en la región, (ii) altos costos fijos de inversión inicial en redes, (iii) elevados costos de mantenimiento de las redes, (iv) economías de escala en la medida en que los costos medios de operación en las firmas de gran tamaño disminuyen con la aparición de nuevos usuarios, y (v) costos hundidos porque la infraestructura del acueducto no tiene usos alternativos ni costo de oportunidad.

Ahora bien, en lo que se refiere a las conductas investigadas, el Informe Motivado primero se refirió a la infracción establecida en el numeral 4 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 y posteriormente a la contravención establecida en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

9.1. SOBRE 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

De acuerdo con la Delegatura, para que se presente esta conducta es necesaria la presencia de tres elementos: (i) posición dominante del agente en el mercado relevante, (ii)

"Por la cual se imponen unas sanciones"

que el agente realice ventas con características diferentes a varios compradores, (iii) con la intención de reducir o eliminar competencia.

Conforme con el análisis realizado en el Informe Motivado, dichos elementos se cumplen en el caso que se investiga, así:

- (i) Se ha demostrado que la EAAB ostenta posición de dominio en el mercado relevante de suministro de agua en bloque, dado que es quien tiene acceso a las fuentes hídricas y debido a los altos costos de generar fuentes alternas de suministro de agua.
- (ii) La EAAB hizo diferenciación de precios en la venta de agua en bloque a distribuidores y comercializadores que operan en Bogotá y Soacha, como consecuencia del Acuerdo No. 08 de 2008 de la Junta Directiva de la EAAB, mediante la cual decidió aplicar una metodología de cobro de la tarifa de agua en bloque diferente a aquellos comercializadores que participaban en los mercados en los que la EAAB también era comercializador de agua.
- (iii) La consecuencia del actuar de la EAAB con el Acuerdo No. 08 de 2008 está claramente encaminada a reducir la competencia en el mercado de distribución y comercialización de agua en el mercado relevante.

• **Sobre la evolución de las tarifas de suministro de agua en bloque**

Señaló la Delegatura que la tarifa de agua en bloque no está regulada por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico – CRA, por lo cual se rige por el derecho comercial, y que en el caso de la EAAB, la misma es definida mediante acuerdos de junta directiva. Se realizó en el Informe un análisis de la evolución de la tarifa de agua en bloque establecida por la EAAB durante el periodo 2002-2010, como se resume a continuación:

Tabla 2
Evolución de la tarifa de agua en bloque

	Acuerdo 08 de 2002	Acuerdo 08 de 2008
Fecha de expedición	Expedido por la Junta Directiva de la EAAB en marzo de 2002	Expedido por la Junta Directiva de la EAAB en octubre de 2008
Destinatario	Fijó las tarifas de suministro de agua en bloque para todos los comercializadores (sin diferenciación)	Fijó la tarifa de suministro de agua en bloque para algunas empresas comercializadoras adquirentes del agua en bloque, caracterizadas por atender usuarios finales en los municipios en los que la EAAB también atendía usuarios finales.
Fundamento	Con fundamento en el documento "Tarifa de venta de agua en bloque"	Con fundamento en el documento "Tarifa de suministro y acceso para adquirentes de agua que atienden usuarios en Bogotá D.C., Soacha o Gachancipá"

RESOLUCIÓN NÚMERO 53992 DE 2012 Hoja N°. 7

"Por la cual se imponen unas sanciones"

<p>Establecimiento de la tarifa</p>	<p>Con base en la regulación de la CRA existente para la determinación de tarifas de agua a usuarios finales, incluyendo algunas modificaciones en busca de reconocer las diferencias entre el mercado de venta de agua en bloque y la venta de agua a usuarios finales.</p> <p>La diferenciación consistía en eliminar el cargo fijo que se cobraba a usuarios finales, y basar el cálculo de la tarifa de venta de agua en bloque únicamente a partir del costo medio de largo plazo</p>	<p>El Acuerdo definió que la tarifa de agua en bloque para estos prestadores sería igual al costo de referencia para los usuarios finales de estrato 4 para los respectivos municipios</p>
-------------------------------------	--	--

Fuente: Informe Motivado.

Se indicó en el Informe Motivado que el Acuerdo No. 08 de 2008 justificó el cobro diferenciado de tarifas como consecuencia de una servidumbre de acceso impuesta por la CRA a la EAAB a favor de COOPJARDIN para el acceso a dos nuevos puntos de suministro en la red matriz. Según el documento, *"la imposición de servidumbre de la CRA a la empresa a favor de otra ESP crea el antecedente de que es posible obligar a la Empresa [EAAB] a otorgar acceso a la red matriz y en consecuencia a suministrar agua a sus competidoras"*¹⁷.

Así, el cobro de la tarifa a los competidores podría *"desincentivar la entrada o el surgimiento de empresas de igual naturaleza que entren al mercado, y que pretendan suplir sus fuentes hídricas para la comercialización final de agua potable a través de contratos de agua en bloque"*¹⁸.

Si bien el Acuerdo No. 08 de 2008 entró en vigencia a partir de mayo de 2009, su comunicación por la EAAB a las empresas se dio con posterioridad, así:

- (i) Comunicación enviada a COOPJARDIN el 25 de junio de 2009, informándole que a partir de mayo, su tarifa pasaba de \$879,60/m³ a \$2.210,07/m³;
- (ii) Comunicación enviada a EMAR el 2 de julio de 2009, informándole que la tarifa de consumo a partir de la vigencia de mayo de 2009 pasaría de \$879,60/m³ a \$1.676,63/m³.

Los incrementos fueron facturados por la EAAB a EMAR y a COOPJARDIN por lo restante de 2009 y los meses de enero y febrero de 2010, mientras que a los demás compradores de agua en bloque la EAAB continuó facturando el agua en bloque a una tarifa de \$879,60/M³ para el periodo mencionado. Ante el alto incremento en las tarifas, tanto EMAR como COOPJARDIN radicaron comunicaciones en la EAAB solicitando explicación por el aumento de la tarifa y su aplicación retroactiva y solicitando un reajuste del incremento sustentado en consideraciones económicas y de mercado. Las mencionadas empresas no pagaron el monto correspondiente al aumento de la tarifa.

Tras un concepto emitido por la Oficina de Asesoría Legal de la EAAB en el que señalaba que este tipo de decisiones deben regir a partir de que se comuniquen a los destinatarios,

¹⁷ Cuaderno No. 1 del Expediente, folios 156-161.

¹⁸ Cuaderno No. 1 del Expediente, folios 156-161.

la EAAB, en marzo de 2010, decidió desistir del cobro de \$12.111.975 a EMAR, y de \$35.590.967 y les condonó la deuda. Asimismo, a partir de marzo de 2010, la EAAB volvió a facturar a las empresas EMAR y a COOPJARDIN la misma tarifa de suministro de agua en bloque que estaba cobrando a los demás comercializadores. En agosto de 2010, la EAAB realizó un incremento generalizado del 3% a las tarifas de suministro de agua en bloque, para una tarifa de \$906,36/M³.

La Delegatura concluyó que aunque finalmente las empresas EMAR y COOPJARDIN no se vieron obligadas a pagar el agua en bloque adquirida a la tarifa que se había establecido en el Acuerdo No. 08 de 2008, sí se pudo demostrar que la EAAB efectivamente cobró dichas tarifas de manera diferencial frente a otras empresas comercializadoras adquirentes de agua en bloque, con la intención de generar una diferenciación discriminatoria en las condiciones de contratación. Aclara adicionalmente que no existe discusión sobre la estructura de los contratos de suministro sino sobre los cambios diferenciados de tarifas.

• **Sobre los subsidios cruzados implícitos**

El Informe menciona que en el documento que soporta el Acuerdo 08 de 2008, la EAAB señala que la metodología tarifaria del servicio público domiciliario de acueducto a usuarios finales fijada por la CRA mediante Resolución No. 287 de 2004 comprende un "subsidio cruzado implícito" en la medida en que se establece un cobro por el costo medio de prestación del servicio que es cobrado por igual a todos los usuarios, independientemente de que dichos costos, medidos individualmente para cada usuario, difieran teniendo en cuenta las condiciones de prestación, la distancia del punto de conexión al punto de entrega, los costos de operación y mantenimiento, y la antigüedad de las redes, entre otros. Así, aquellos usuarios que tienen un costo de prestación menor, acaban subsidiando a aquellos usuarios para quienes es más costosa la prestación del servicio por parte de la empresa de servicios públicos.

Con base en lo anterior, la EAAB argumenta que dicho "subsidio cruzado implícito" no sería pagado por el usuario final en el evento en que el agua fuera comercializada a dicho usuario a través de una empresa que no fuera la misma que suministrara el agua, dado que las tarifas cobradas por la comercialización únicamente incluirían los costos de inversión particulares de cada usuario.

Según lo señala el Informe Motivado, con los argumentos sobre subsidios cruzados, la EAAB desconoce los principios de la Ley 142 de 1994 respecto de la intención de lograr la desintegración vertical de la cadena productiva del agua, así como desconoce la calidad de esencial que tiene la prestación del servicio público de acueducto.

Adicionalmente, la Delegatura analizó los argumentos de la EAAB y concluyó que el comercializador del servicio público de acueducto que compre agua en bloque para venderla al usuario final sí estaría siguiendo los parámetros del "subsidio cruzado implícito" en la medida en que al diseñar sus tarifas con base en la metodología de costo medio del valor de la inversión en redes secundarias, operación y mantenimiento de las mismas, entre otras, se estaría cobrando un promedio del costo a cada uno de los usuarios, y no los costos de inversión particulares de cada uno. Además, en el precio de compra del agua en bloque, el comercializador estaría asumiendo los costos implícitos hasta esa etapa de la cadena productiva (captación, conducción, tratamiento y distribución), que luego trasladaría al usuario final.

Finalmente, el Informe Motivado concluyó que la conducta de la EAAB está orientada a generar una discriminación de precios que conlleve a reducir la competencia de la prestación del servicio público domiciliario de agua potable a usuarios finales en el mercado relevante definido.

Esta conducta afecta no solamente a los potenciales comercializadores que quisieran entrar a prestar sus servicios en el mercado relevante definido, sino también la explotación y posible exclusión final de los competidores ya existentes en dicho mercado, dado que las empresas no tendrían una alternativa para el suministro de agua en bloque, y dado que este insumo es esencial para el desarrollo de su actividad, terminarían por aceptar el aumento en la tarifa para poder permanecer atendiendo el mercado en el que se encuentran, o saliendo del mismo debido a los altos costos en los que incurrirían, que si fueran trasladados al usuario final, no serían precios competitivos frente a los ofrecidos por la EAAB al usuario final.

9.2. DE LA CONTRAVENCIÓN DE LA CLÁUSULA GENERAL

La Delegatura señala que la infracción se dio porque la conducta anticompetitiva desplegada por la EAAB se configura como una práctica, procedimiento o sistema tendiente a limitar la competencia, donde el vocablo "tendiente" indica que la norma no castiga exclusivamente el efecto, sino que también indica que el desarrollo de la práctica tenga como fin o sea idónea para limitar la libre competencia, a través de dos vías:

- (i) Incrementos tarifarios para el suministro de agua en bloque superiores a 90% a compradores caracterizados por ser competidores de la EAAB en el mercado de comercialización de agua a usuarios finales en Bogotá y Soacha (EMAR y COOPJARDIN), con el propósito de afectarlos negativamente para reducir o eliminar la competencia.
- (ii) Desincentivos para la entrada de nuevas empresas al mercado relevante, debido a la creación de barreras artificiales consistentes en elevados costos de suministro del agua en bloque para la prestación del servicio de agua potable a los usuarios finales.

9.3. RESPONSABILIDAD DEL REPRESENTANTE LEGAL

En la Resolución de Apertura, la Delegatura abrió investigación contra el señor Fernando Ulloa Vergara, en su calidad de gerente general de la EAAB para ese momento (2011).

El señor Fernando Ulloa Vergara fue posesionado como gerente general de la EAAB el 8 de julio de 2010, con posterioridad al desarrollo, expedición, y aplicación del Acuerdo de la Junta Directiva No. 08 de 2008, y una vez hubieron cesado el cobro de las tarifas señaladas en dicho Acuerdo. Por tanto, la Delegatura concluye que el señor Fernando Ulloa Vergara no toleró, ejecutó, autorizó o colaboró con el abuso de posición dominante realizada por la EAAB.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

DÉCIMO: Que estando dentro del término legal, el Apoderado de la EAAB y del señor Luis Fernando Ulloa Vergara presentó observaciones al Informe Motivado¹⁹ en los siguientes términos:

En primer lugar, el Apoderado comparte la recomendación del Informe Motivado respecto de no sancionar al señor Luis Fernando Ulloa Vergara, toda vez que no obra en el expediente prueba alguna para endilgarle responsabilidad por la ejecución de la práctica comercial restrictiva que se reprocha.

De otra parte, el Apoderado se opone a la recomendación de sancionar a la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ EAAB E.S.P., debido a que, en su criterio, no se probó ninguna conducta contraria a las normas de competencia.

Señala que el Informe Motivado se estructura en 7 partes: (i) Actuaciones previas a la investigación; (ii) La investigación; (iii) Estructura de la cadena productiva de agua potable en Colombia y el mercado de agua en bloque; (iv) Posición de dominio de la EAAB en el mercado relevante; (v) Conductas imputadas a los investigados; (vi) Audiencia verbal de descargos; y (vii) Responsabilidad de los investigados.

A continuación se presentan los argumentos con los cuales el Apoderado pretende desvirtuar los puntos que no comparte, con el fin de que el Superintendente de Industria y Comercio declare que no existió alguna conducta contraria a la libre competencia.

10.1. Sobre la estructura de la cadena productiva de agua potable en Colombia y el mercado de agua en bloque

Para el Apoderado, la afirmación que hace la Delegatura de que la "desagregación vertical" tiene por fin crear un escenario competitivo, no corresponde a la realidad. En su lugar, considera que ésta nace con el propósito de suplir las necesidades de los usuarios ubicados en zonas geográficas en donde la EAAB no prestaba el servicio, por lo cual no se trata de una escogencia de los agentes económicos sino de una situación del mercado colombiano. En efecto, considera que con la desagregación vertical de las actividades de distribución y comercialización no se configuró un escenario de competencia, bajo el cual se garantizara el acceso a terceros a las redes de la empresa de acueducto, en busca de una mejor calidad, eficiencia y menor precio para los usuarios del servicio.

Indica que la EAAB no tiene "excedentes" de agua sino una "reserva" a la que se encuentra obligada legalmente, y que con la decisión sancionatoria de la Superintendencia se incentivaría una demanda de agua en bloque que agotaría las reservas que la empresa debe tener.

Manifiesta el Apoderado que la deducción que hace la Delegatura sobre la existencia de dos mercados relevantes es equivocada. Lo anterior, toda vez que parte de la base de que existe un mercado denominado venta de agua en bloque, cuando a su juicio, *"el mercado está determinado por la prestación del servicio de agua potable único e indivisible, independientemente de que dentro del mismo exista la posibilidad de que se suministre agua en bloque cuando en algunos casos las circunstancias lo ha exigido"*.

¹⁹ Cuaderno No. 6 del Expediente, folios 1424 a 1457.

Señala que el hecho de que existan dos modalidades no implica que existan dos mercados diferentes porque ambas se enmarcan dentro del mismo contexto, cuyo producto finalmente es el recurso hídrico. Por lo anterior, considera que la descripción del mercado relevante que se hace en el Informe Motivado, que en ocasiones se restringe a la venta de agua en bloque y en otras se amplía a la prestación del servicio público de agua potable, es sesgada, parcializada y confusa.

Para el Apoderado, el hecho de clasificar en dos un solo mercado, lleva a que la Superintendencia crea, erróneamente, que la EAAB tiene posición de dominio en el mercado de venta o suministro de agua en bloque. Señala que la venta de agua en bloque no es una situación generada por la investigada, sino que se trata de facilitar el acceso al servicio público esencial a segmentos de la población que se encuentran por fuera de la red primaria de la EAAB.

Respecto del análisis de sustituibilidad de la demanda, afirma que el Informe Motivado es contradictorio cuando no obstante haber reconocido la posibilidad real de que el comprador de agua en bloque acuda directamente a las fuentes hídricas, señala que el servicio de suministro de agua en bloque no tiene sustitutos, con base en el argumento de que el comprador, si quiere sustituir su fuente de abastecimiento, tendría que hacer una inversión importante para poder llevar a cabo todo el proceso productivo desde la captación hasta la distribución. Como evidencia de que la sustituibilidad está suficientemente probada, presenta el testimonio de la señora Cielo Graciela Bogotá Cortez, representante legal de EMAR, quien manifestó en primer lugar, que antes de firmar el contrato con la EAAB, la empresa inicialmente captaba y trataba el agua para vendérsela a los usuarios, y que el otro acueducto que presta el servicio en el municipio de Soacha, diferente de EMAR y la EAAB, en la actualidad capta el agua y la trata.

Considera que para negar la existencia de sustituibilidad, la Delegatura no puede aplicar un criterio basado exclusivamente en la capacidad financiera de algunas empresas, pues en su concepto, todo aquel que pretenda entrar a un mercado determinado debe estar preparado para hacerlo. Adicionalmente, señala que el Derecho de la Competencia no se ocupa de eliminar las barreras naturales de un mercado y que éstas *"son del resorte exclusivo del agente económico que pretenda concurrir a un mercado o permanecer en él"*.

Finalmente, manifiesta que la mayor onerosidad de una opción no significa la no sustituibilidad o la imposibilidad de acudir a ella, y que tampoco es una barrera artificial de entrada a un mercado que le corresponde resolver a otro agente económico, principalmente a un competidor.

10.2. Sobre la posición de dominio de la EAAB en el mercado relevante

Teniendo en cuenta que el mercado relevante es uno solo, el mercado de distribución de agua potable, el Apoderado considera que los testimonios en los que se indicó que la EAAB era el único proveedor de agua en bloque no se valoraron adecuadamente.

Señala que el concepto de posición de dominio del Informe Motivado se desdibuja, toda vez que los interesados en entrar al mercado de distribución de agua potable tienen la posibilidad de hacerlo sin que la EAAB pueda determinar, directa o indirectamente, las condiciones de dicho mercado. Destaca que es imposible que la EAAB pueda determinar las condiciones del mercado, toda vez que éste se encuentra regulado por la Comisión de Regulación de Agua Potable, que señala los lineamientos que se deben tener en cuenta

"Por la cual se imponen unas sanciones"

para llevar a cabo la actividad y que en materia ambiental, existen normas de tipo jurídico y contable.

Para el Apoderado, el hecho de que la EAAB sea el único proveedor de agua en bloque no significa que ostente posición de dominio en el mercado. Lo anterior, porque considera que las barreras de entrada a las que se refiere la Delegatura en el Informe Motivado son perfectamente superables. Continúa señalando que si bien en algunos casos la EAAB es la única proveedora de agua en bloque, esto no implica que la empresa tenga posición de dominio en el mercado, pues existen opciones de sustituibilidad para los compradores.

Indica que el Superintendente Delegado para la protección de la competencia confunde la figura contractual con el bien, toda vez que el agua en bloque no es un bien, y mucho menos un mercado, sino una figura o modalidad contractual entre prestadores del servicio en la que un prestador provee de agua a otro prestador para que la distribuya entre sus suscriptores.

Manifiesta que si el mercado relevante se hubiera definido con base en el bien agua en la cuenca del Río Bogotá y no con base en la figura contractual de agua en bloque, las conclusiones del Informe Motivado serían diferentes. En efecto, se hubiera encontrado que la oferta de agua no depende exclusivamente de la figura contractual de agua en bloque, pues varios municipios tienen fuentes propias y otros se autoabastecen; y que la fijación de tarifas en la región no depende de la tarifa de agua en bloque, pues los municipios fijan sus tarifas al usuario final con base en la fórmula establecida por la CRA.

Adicionalmente, señala que de haber considerado la opción de que otras empresas, diferentes a la EAAB, pudieran hacer el suministro de agua en bloque, la definición del mercado relevante habría dado a entender que EMAR y COOPJARDIN podrían conectarse a la red de dichas empresas para obtener el agua.

Finalmente, afirma que si la definición del mercado relevante se hubiera hecho con base en el bien agua potable, la conclusión hubiera sido que la EAAB no tiene posición dominante en la oferta de agua en la región, pues no fija su precio, ni detenta la totalidad de las concesiones de agua.

10.3. Sobre las conductas imputadas a los Investigados

Sobre este punto, afirma el Apoderado que, aun si se admitiera que la venta de agua en bloque corresponde a un mercado independiente al de la prestación del servicio público de agua potable en el que la EAAB ostenta posición de dominio, no se encuentra en el expediente ninguna prueba que acredite los elementos restantes de la conducta atribuida, es decir: (i) que haya existido la venta a un comprador en condiciones distintas de las que se ofrece a otro comprador; y (ii) que haya sido con la intención de disminuir o eliminar la competencia en el mercado.

Manifiesta que la sola expedición del Acuerdo 008 de 2008, mediante el cual se estableció la tarifa de suministro y acceso para empresas compradoras de agua en bloque, no significa la "VENTA" en los términos en que exige la norma para que se configure la conducta. Señala que la "VENTA", en los términos del artículo 1857 del Código Civil, no se produjo con la sola expedición de las facturas, toda vez que cuando éstas se expedieron con ocasión del Acuerdo 008, las empresas compradoras manifestaron su inconformidad con el valor, por lo que la EAAB, previo análisis jurídico, decidió ajustarlo y fue en ese

momento en el que se vendió, en las condiciones en que se venía haciendo a todos los compradores de agua en bloque, razón por la que, considera que nunca se configuró la conducta investigada.

De acuerdo con lo anterior, considera el Apoderado que la "VENTA" solamente se produjo cuando las partes del contrato de compraventa de agua en bloque se pusieron de acuerdo en el precio. Como prueba de que la "VENTA" en condiciones distintas no se produjo, cita la comunicación del 7 de mayo de 2010 mediante la cual la sociedad EMAR desistió de la queja que dio origen a la investigación.

En concepto del Apoderado, al acoger la interpretación del Informe Motivado, se estaría aplicando indebidamente el numeral 4 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, puesto que éste exige que para que se configure la conducta se haya producido la venta.

Señala que el desmonte de las tarifas luego de iniciada la averiguación preliminar no implica que haya tenido esa motivación, pues como se constató, el ajuste obedeció al análisis jurídico que realizó la Oficina Jurídica de la EAAB. Así, respetuosamente solicita que se elimine el cargo.

En cuanto a la intencionalidad de disminuir o eliminar la competencia en el mercado, considera que en el Informe Motivado no se analizaron en debida forma los argumentos presentados en el documento "tarifa de suministro y acceso para adquirentes de agua que atienden usuarios de Bogotá D.C., Soacha o Gachancipá", ni los presentados en su declaración por el ex gerente Luis Fernando Ulloa Vergara. Por lo anterior, da alcance a dichos argumentos para que sean valorados detenidamente y demostrar que sí existieron razones para expedir el Acuerdo 008 de 2008, y que con el mismo no se infringieron las normas de competencia.

Específicamente señala que no se tuvo en cuenta que la motivación del Acuerdo 008 de 2008 fue la Resolución CRA 421 de 2007, la cual imparte una instrucción precisa a la empresa para que fije la tarifa a la red de la siguiente manera:

"Que en todo caso la remuneración por el acceso a la red que se decide en la presente resolución será la resultante de aplicar los lineamientos señalados en el párrafo del Artículo 25 de la Resolución CRA 287 de 2004, en concordancia con lo dispuesto en el Artículo 91 de la Ley 142 de 1994".

Adicionalmente, manifiesta que "esta regulación se expidió para los nuevos puntos de acceso a la red que cualquier persona solicitara habida cuenta de que la Resolución en comento se erigió en una especie de regulación tarifaria por el acceso a las redes (...)". Indica que de la lectura de la citada Resolución se desprende, entre otras cosas que:

- (i) Hace una distinción entre la remuneración por el acceso a la red y los costos necesarios para facilitar el acceso.
- (ii) Los costos necesarios para facilitar el acceso son asignados al beneficiario de la servidumbre.
- (iii) La CRA ordena fijar la "tarifa por el acceso" y señala un criterio a tener en cuenta en la definición de la remuneración por el acceso a la red (lineamientos del párrafo del artículo 25 de la Resolución CRA 287 de 2004).

"Por la cual se imponen unas sanciones"

- (iv) Corresponde a la empresa definir la remuneración por el acceso a la red, observando los criterios generales para la fijación de tarifas y los lineamientos del parágrafo del artículo 25 de la Resolución CRA 287 de 2004.
- (v) Para la provisión del agua a COOPJARDÍN en los dos nuevos puntos de suministro, a los cuales ordena la CRA que se le dé acceso, se debe establecer una tarifa que remunere tanto el suministro de agua como el acceso a la red.
- (vi) Puesto que la remuneración por el acceso a la red es oneroso, y además es diferente al suministro de agua, se concluye que la tarifa por el suministro de agua y acceso a la red, debe ser superior que la tarifa por el suministro de agua solamente.
- (vii) Si la tarifa por el "suministro y acceso a la red" fuera igual a la tarifa por el suministro, el acceso sería gratuito, lo cual estaría en contra de lo ordenado por la CRA de fijar una tarifa de acceso.

De acuerdo con lo anterior, considera que el Delegado omitió el hecho de que la EAAB no era libre para fijar la tarifa por el acceso a red, sino que debía aplicar los lineamientos de la Resolución CRA 287 de 2004. Señala además que lo indicado en el Informe Motivado, según lo cual la citada Resolución 287 no incluye la metodología para fijar las tarifas de agua en bloque, lleva a concluir que la motivación del Acuerdo 008 de 2008, fue la de limitar la competencia, lo cual es equivocado, toda vez que se ha insistido que la metodología que se incluye en el mencionado Acuerdo fue el resultado de aplicar la Resolución CRA 287 de 2004 por disposición expresa de la Resolución CRA 421 de 2007.

Afirma que el suministro de agua en bloque es una modalidad de la prestación del servicio público de agua potable y que la única razón por la cual se celebraron los contratos de compraventa de agua en bloque, fue para garantizar el acceso de la población al agua potable en los lugares donde la EAAB no operaba.

Para el Apoderado, la conducta de fijación de tarifas de EMAR y COOPJARDIN que se describe en el Informe Motivado, guarda un paralelo con la definición del *free rider*, pues estas empresas fijan sus tarifas a precios inferiores a los de la EAAB como resultado de menores costos de inversión. Señala que uno de los objetivos de la tarifa del Acuerdo 008 de 2008 era el de evitar el comportamiento del *free rider* por parte de "nuevos compradores orientados a atender usuarios con menores costos que el promedio de la ciudad".

Continúa explicando las razones por las cuales la tarifa por el suministro y acceso es diferente a la tarifa del suministro cuando la empresa cuenta con usuarios atendidos directamente por ella, caso en el cual el costo de referencia debe incluir los costos de actividad de distribución, inversión, operación y el costo de las pérdidas de agua.

Finalmente, considera que sancionar a la EAAB en los términos y por las razones esgrimidas por la Delegatura, significaría mandar el mensaje de crear empresas de garaje que soliciten parasitariamente servidumbres de acceso a la red matriz de la EAAB y presten el servicio de suministro de agua potable a usuarios determinados, a precios inferiores debido a los menores costos.

10.4. Sobre la infracción al artículo 1 de la Ley 155 de 1959

Reitera que la intención del Acuerdo 008 de 2008 fue la de dar cumplimiento a la Resolución CRA 421 de 2007, que estableció un lineamiento para fijar la tarifa de agua en bloque, y no la de limitar o disminuir la competencia.

10.5. Sobre la audiencia verbal de descargos

Manifiesta que para aclarar los aspectos que se trazaron dentro del proceso, no se tuvo en cuenta la audiencia verbal de descargos realizada el 8 de marzo 2012.

UNDÉCIMO: Que de conformidad con lo previsto en el artículo 25 del Decreto 4886 de 2011, el 24 de agosto de 2012 se escuchó al Consejo Asesor que recomendó al Superintendente acoger la recomendación presentada por el Delegado para la Protección de la Competencia. Habiéndose surtido todas las etapas señaladas en el procedimiento aplicable para este tipo de trámites, este Despacho procede a resolver el presente caso en los siguientes términos:

11.1. COMPETENCIA

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

En este sentido, el numeral 10 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el numeral 6 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011²⁰ señala que el Superintendente de Industria y Comercio tiene como función "*[V]igilar el cumplimiento de las disposiciones sobre protección de la competencia en los mercados nacionales, respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica independientemente de su forma o naturaleza jurídica*".

Por su parte, la Ley 1340 de 2009 en su artículo 4 estableció que "*[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*".

Asimismo, de conformidad con lo establecido en los numerales 4 y 6 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011²¹, en concordancia con los numerales 8, 11 y 12 del artículo 3 del Decreto 4886 y los numerales 15 y 16 del artículo 4 del Decreto 2153, la Superintendencia de Industria y Comercio está facultada para imponer las sanciones pertinentes por contravención de las normas sobre prácticas comerciales restrictivas, ordenar a los infractores la modificación o terminación de las conductas y sancionar la inobservancia de las instrucciones que en desarrollo de sus funciones imparta.

11.2. MARCO NORMATIVO

²⁰ Mediante el cual se modificaron los Decretos 3523 de 2009 y 1687 de 2010.

²¹ Ibid.

De conformidad con la Resolución No. 12905 del 11 de marzo de 2011, mediante la cual se ordenó la apertura de la investigación, se examinó la presunta infracción a las siguientes normas:

11.2.1. Prohibición general

Señala el artículo 1 de la Ley 155 de 1959: *"Quedan prohibidos los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros y, en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos"*.

11.2.2. Conducta constitutiva de abuso de posición dominante

De acuerdo con el numeral 4 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, se considera abuso de posición de dominante²² *"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"*

11.3. CADENA DE PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE ACUEDUCTO

El Informe Motivado señala que el abuso de la posición de dominio que se reprocha se dio en el mercado de la venta de agua en bloque, pero su objeto y los efectos pretendidos se verían reflejados en el mercado de prestación del servicio de acueducto en la zona geográfica en donde participa la EAAB, y en la cual compite directamente o se erige como competidor potencial de las empresas de acueducto que se abastecen de ésta a través de los contratos de suministro de agua en bloque, en especial las sociedades EMAR S.A. y COOPJARDIN.

Así las cosas, y teniendo en cuenta que la estructura del servicio de agua en bloque se encuentra enmarcada dentro de la cadena de prestación del servicio de acueducto, este Despacho coincide con la posición de la Delegatura, según la cual, para comprender el funcionamiento del servicio de agua en bloque, es necesario estudiar las características básicas de la estructura de la cadena productiva del agua potable, la cual se expone a continuación.

11.3.1. El servicio público domiciliario de acueducto

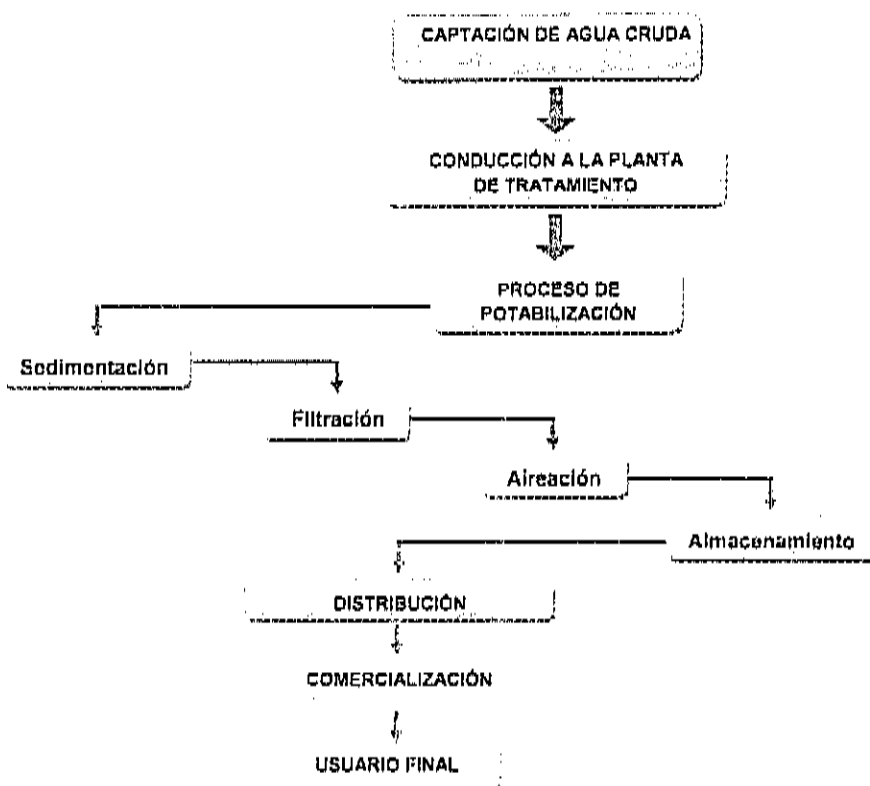
Según el numeral 14.22 del artículo 14 de la Ley 142 de 1994, el servicio público domiciliario de acueducto o servicio público domiciliario de agua potable, corresponde a *"la distribución municipal de agua apta para el consumo humano, incluida su conexión y medición"*. De acuerdo con el mismo numeral, se consideran actividades complementarias de este servicio, la captación de agua y su procesamiento, tratamiento, almacenamiento, conducción y transporte²³. Así, como lo expone la Delegatura en el Informe Motivado la cadena productiva del agua potable está compuesta por las siguientes actividades:

²² La posición dominante se encuentra definida en el artículo 45 del Decreto 2153 de 1992 como *"La posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado"*.

²³ El numeral 3.40 del Artículo 3 del Decreto 302 de 2000, modificado por Artículo 1 del Decreto 229 de 2002, señala que las actividades complementarias de captación de agua, procesamiento, tratamiento, almacenamiento, conducción y transporte, también forman parte del servicio público domiciliario de acueducto.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Ilustración 1
Cadena productiva del agua potable



Fuente: SIC a partir de la información contenida en el Expediente 09-13856.

El proceso de **captación del agua** cruda se realiza de las principales fuentes hídricas que corresponden a: (i) aguas superficiales como ríos, arroyos, lagos o cualquier fuente hídrica a través de las bocatomas²⁴, en ciertas ocasiones se utilizan galerías filtrantes paralelas al curso de agua para captar las aguas que resultan así con un filtrado preliminar, y (ii) aguas subterráneas a través de pozos o galerías filtrantes.

Por su parte, el proceso de **potabilización del agua** se realiza en una planta de tratamiento a través de los siguientes pasos: sedimentación²⁵, filtración²⁶, aireación²⁷ y almacenamiento²⁸.

Vale la pena señalar que, tal y como lo indica la Delegatura, las etapas de captación, conducción y potabilización de agua cruda influyen significativamente en el costo de prestación del servicio, toda vez que éste varía de acuerdo con la ubicación geográfica, la fuente de abastecimiento de agua cruda, y la calidad del agua en su origen. Es por esta

²⁴ Una bocatoma es una estructura hidráulica destinada a derivar o desviar de su curso, agua proveniente de un río, arroyo, canal o lago.

²⁵ Es el asentamiento por gravedad de partículas sólidas presentes en el agua.

²⁶ Se utiliza para obtener una mayor clarificación.

²⁷ Se realiza con el objeto de reducir el dióxido de carbono y mejorar la purificación

²⁸ Se acopia el agua en tanques y se desinfecta a través de tratamientos químicos que utilizan productos como el ozono, yodo, plata y cloro

"Por la cual se imponen unas sanciones"

razón que los prestadores del servicio de acueducto tienen estructuras de costos diferentes.

Ahora bien, según la Ilustración 1, luego de la captación y potabilización del agua, siguen las etapas de **distribución y comercialización al usuario final**. En estas etapas el agua potable es conducida hasta el usuario final a través de la red de distribución de acueducto, la cual, de acuerdo con el numeral 3.29 del Decreto 302 de 2000, corresponde al conjunto de tuberías, accesorios, estructura y equipos que conducen el agua desde el tanque de almacenamiento o planta de tratamiento hasta las acometidas domiciliarias. Se indica en el Informe Motivado, que la red de distribución está conformada por una red primaria o matriz que conforma la malla principal del sistema de suministro del servicio de acueducto, y por redes secundarias, las cuales se derivan de la principal y llegan al usuario final.

De conformidad con el Reglamento Técnico del Sector de Agua Potable y Saneamiento Básico RAS-2000, la **distribución** de agua potable se realiza a través de la red matriz que parte de la planta de tratamiento o tanque de almacenamiento y finaliza en las redes secundarias de comercialización²⁹.

En cuanto a la **comercialización** del agua potable, indica que la primera fase de dicha etapa se desarrolla a través de la conducción del producto por una red secundaria, que *"corresponde a la parte del sistema de suministro del servicio que se deriva de la red primaria y transporta el agua a los barrios y urbanizaciones de la ciudad"*³⁰, mientras que en la segunda fase el agua potable es conducida por una red local que se deriva de la secundaria y llega hasta la acometida de cada inmueble³¹. Adicionalmente, en la actividad de comercialización se llevan a cabo las actividades de medición, facturación y recaudo a los usuarios finales.

De conformidad con el artículo 128 de la Ley 142 de 1994, la venta de agua potable al usuario final se lleva a cabo a través de un contrato de servicios públicos, el cual *"[e]s un contrato uniforme, consensual, en virtud del cual una empresa de servicios públicos los presta a un usuario a cambio de un precio en dinero, de acuerdo a estipulaciones que han sido definidas por ella para ofrecerlas a muchos usuarios no determinados"*.

Ahora bien, tal y como lo menciona la Delegatura, históricamente la empresa que presta el servicio público de acueducto ha sido quien ha desarrollado todas las actividades de la cadena; sin embargo, hay casos en los que la existencia de restricciones regulatorias impiden que un solo prestador incurra en todas las actividades³². Cabe resaltar que para prestar el servicio público domiciliario de acueducto al usuario final³³, la actividad central es la comercialización de agua potable, razón por la que las actividades de captación, potabilización y distribución son actividades complementarias que pueden ser realizadas por otras empresas³⁴.

²⁹ Reglamento Técnico del Sector de Agua Potable y Saneamiento Básico RAS-2000, p. B.25.

³⁰ Reglamento Técnico del Sector de Agua Potable y Saneamiento Básico RAS-2000, p. B.25.

³¹ Ibid.

³² Martínez, Jhon Jairo & Ramírez, Juan Andrés, "El suministro de agua en bloque: algunos aspectos económicos relevantes". Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico. Revista No. 13., noviembre de 2007, p. 41 a 62.

³³ El artículo 14.33 de la Ley 142 de 1994 define al usuario como la "persona natural o jurídica que se beneficia con la prestación de un servicio público, bien como propietario del inmueble en donde este se presta, o como receptor directo del servicio. A este último usuario se denomina también consumidor."

³⁴ Martínez, Jhon Jairo & Ramírez, Juan Andrés, Op. Cit.

De acuerdo con lo anterior, existen empresas prestadoras del servicio público domiciliario de acueducto que no realizan las actividades de captación, potabilización y distribución, sino que adquieren el agua de una empresa prestadora del servicio que sí realiza dichas actividades. Lo anterior, de acuerdo con el numeral 3.45 del Decreto 229 de 2002, se conoce como el servicio de agua en bloque³⁵.

11.3.2. El servicio de suministro de agua en bloque

El servicio de suministro de agua en bloque que es objeto de esta investigación se puede definir como el suministro de agua a una empresa prestadora del servicio público de acueducto para que ella la distribuya y/o comercialice entre sus usuarios³⁶.

De acuerdo con la comunicación enviada por EMAR a la EAAB el 7 de septiembre de 2009, "[...] el suministro de agua en bloque consiste 'en el suministro de agua medida mediante una conducción sin que el Acueducto de Bogotá tenga alguna responsabilidad con respecto a la distribución y la entrega posterior a los usuarios'".³⁷

Así pues, si bien en este caso el suministro de agua en bloque se hace entre empresas prestadoras del servicio público de acueducto, éste en sí mismo no es un servicio público domiciliario³⁸, sino que es considerado como un contrato comercial.

Vale la pena resaltar que la distribución de agua en bloque con terceras partes es posible solamente cuando los prestadores del servicio de acueducto que la suministren cuenten con excedentes de agua cerca de zonas con relativa escasez³⁹. Lo anterior, dado que ante todo, éstos deben garantizar la demanda de sus usuarios directos.

En virtud de lo anterior, tal y como se puede observar en la Ilustración 2, el comprador de agua en bloque se conecta a la red primaria, propiedad de la empresa que desarrolla las actividades de captación, potabilización y distribución de agua potable, instalando un macromedidor para medir el consumo del agua, y posteriormente comercializa el agua potable al usuario final.

Ilustración 2

³⁵ El numeral 3.45 del Decreto 229 de 2002 establece: "Servicio de agua en bloque: Es el servicio que se presta por las personas prestadoras de servicios públicos de acueducto que distribuyen y/o comercializan agua a distintos tipos de usuarios".

³⁶ Resolución CRA 353 de 2005, por la cual se presenta el proyecto de resolución por la cual se establece la metodología de costos y las condiciones generales para el servicio de agua en bloque y se dictan otras disposiciones y se inicia el proceso de discusión directa por los usuarios y agentes del servicio. Artículo 2, literal a del proyecto.

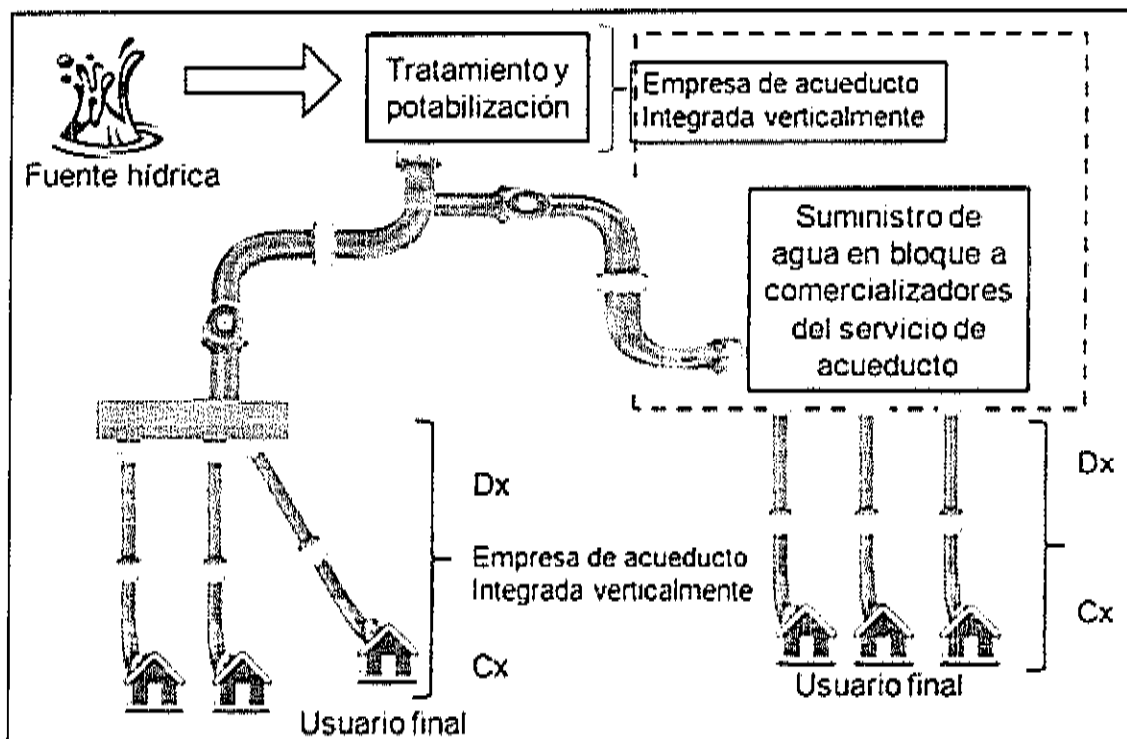
³⁷ Comunicación de EMAR a la EAAB de fecha 7 de septiembre de 2009, obrante en el Cuaderno No. 1 del Expediente, folios 40 al 42.

³⁸ El artículo 14.22 de la Ley 142 de 1994 define el servicio público domiciliario de acueducto así: "14.22. Servicio público domiciliario de acueducto. Llamado también servicio público domiciliario de agua potable. Es la distribución municipal de agua apta para el consumo humano incluida su conexión y medición. También se aplicará esta ley a las actividades complementarias tales como captación de agua y su procesamiento, tratamiento, almacenamiento, conducción y transporte". El suministro de agua en bloque no se entiende como una actividad complementaria al servicio público domiciliario de acueducto, sino que es una actividad comercial independiente.

³⁹ Stapper, C., "Elementos para la separación vertical de actividades en el servicio público de acueducto: una revisión del carácter jurídico de las redes y los límites al derecho de propiedad". Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico. Revista No. 13., noviembre de 2007, p. 24.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Servicio de suministro de agua en bloque



Fuente: Elaboración: SIC.

Teniendo en cuenta la Ilustración 2, y poniendo de presente el caso que nos ocupa en esta actuación administrativa, se resaltan los roles que tienen cada una de las partes:

- a) La empresa integrada verticalmente (en nuestro caso, la EAAB), por una parte es prestador del servicio público domiciliario de acueducto a usuarios finales (parte izquierda de la ilustración), actividad regulada por las normas de servicios públicos, pero por otra parte es un agente comercial que celebra un contrato de suministro de agua en bloque con un comercializador, contrato que se rige por las normas del derecho comercial (sección superior derecha de la ilustración).
- b) El comercializador de agua potable (en nuestro caso EMAR o COOPJARDIN), en su calidad de agente comercial, celebra un contrato de suministro de agua en bloque con la EAAB, el cual se rige por las normas del derecho comercial (sección superior derecha de la ilustración). Con el insumo adquirido, el comercializador, en calidad de prestador del servicio público domiciliario de acueducto, lleva agua potable a los usuarios finales, relación que se regirá por las normas de la Ley 142 de 1994, regulación de la CRA y demás normativa aplicable a los servicios públicos (sección inferior derecha de la ilustración).

De acuerdo con un concepto de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, toda vez que los contratos de venta de agua en bloque son producto de actuaciones exclusivas de la órbita privada de las empresas prestadoras, en la prestación del servicio de agua en bloque no existe una relación usuario-empresa en los términos de la Ley 142 de 1994. Lo anterior implica que, a diferencia del tipo de contrato que se da en el servicio público domiciliario de acueducto, el contrato de venta de agua en bloque sea un contrato

comercial y no un contrato de servicios públicos como el que se establece en el artículo 128 de la mencionada Ley⁴⁰.

Ahora bien, las razones por las que se da el suministro de agua en bloque son principalmente las siguientes: (i) físicas, cuando el comercializador carece de recursos hídricos directos; (ii) económicas, por los elevados costos hundidos⁴¹ que implican la producción de agua potable que puede hacer más eficiente la escogencia de este tipo de suministro; y (iii) la existencia de barreras de entrada legales, puesto que se requiere de licenciamiento y de concesión por parte de las autoridades ambientales para poder desarrollar la actividades de producción de agua, en especial la captación sobre fuentes hídricas.

En el caso que nos ocupa, el suministro de agua en bloque a EMAR y COOPJARDIN ocurrió debido a la existencia de demanda por el servicio público domiciliario de acueducto en zonas geográficas no atendidas por la EAAB (nuevos usuarios que solicitaban el servicio), y en las cuales estos comercializadores estaban dispuestos a prestar el servicio público domiciliario.

Como lo afirma la CRA, un prestador del servicio público domiciliario de acueducto debe tomar las decisiones sobre su sistema teniendo en cuenta el menor costo que le permita ser autosostenible y eficiente. Por lo anterior, hay ocasiones en las que, dada la existencia de economías de escala, capacidad excedentaria aprovechable y realidades técnicas, financieras y ambientales, para el prestador del servicio, cuando representa la alternativa de mínimo costo, es más eficiente aprovechar los excedentes de capacidad de otro prestador, en lugar de construir su propio sistema de producción de agua⁴².

Ahora bien, de acuerdo con el Informe Motivado, el suministro de agua en bloque por parte de un distribuidor de agua potable a terceros interesados en la prestación del servicio de comercialización de agua potable, se puede desarrollar a través de dos vías: (i) por negociación y acuerdo entre las partes o (ii) por imposición de una servidumbre de acceso o interconexión.

En cuanto a la servidumbre de acceso, señala el inciso 3 del numeral 39.4 del artículo 39 de la Ley 142 de 1994 que *"si las partes no se convienen, en virtud de esta ley, la comisión de regulación podrá imponer una servidumbre de acceso o interconexión a quien tenga el uso del bien"*. Así, en el caso del servicio público de agua potable, las empresas comercializadoras pueden beneficiarse de la imposición de una servidumbre y solicitar el permiso a la CRA, quien por medio de acto administrativo⁴³, ordenará que se le otorgue la servidumbre al tercero.

⁴⁰ Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, Oficina Jurídica, Concepto 732 de 2008.

⁴¹ *"d. Costos Hundidos. La infraestructura de los acueductos es, en su mayoría, obra civil que una vez realizada no tiene ningún uso alternativo o ni costo de oportunidad. Esta característica, como se mencionó no impide el desarrollo de competencia pero exige que la regulación controle comportamientos estratégicos y políticas depredadoras de precios."* CRA; Documento de trabajo, Condiciones generales para regular el acceso y uso compartido a bienes indispensables para la prestación del servicio público de acueducto y sus actividades complementarias, p. 25.

⁴² *Ibid*, p. 3.

⁴³ De conformidad con el artículo 118 y los numerales 39.4 del artículo 39 y 73.22 del artículo 133 de la Ley 142 de 1994, son las comisiones de regulación las llamadas a imponer servidumbres de acceso o interconexión.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

11.3.3. Tarifas del servicio público domiciliario de acueducto y del servicio de agua en bloque

La prestación del servicio público de agua potable opera en un mercado regulado (el de los servicios públicos), mientras que, hasta la fecha, el servicio de agua en bloque no tiene una regulación específica. Sobre este punto, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios ha señalado en múltiples conceptos, que:

"(...) el contrato de suministro de agua en bloque se rige por las normas de derecho privado, y en materia regulatoria si bien no se trata de un contrato regulado expresamente por la CRA, le resultan aplicables las normas previstas por la Resolución CRA 151 de 2001 en materia de interconexión, en tanto que la Resolución CRA 287 de 2004 no prevé regulación alguna en tal sentido y no contiene tampoco metodología de cálculo aplicable a contratos entre prestadores de servicios de acueducto, incluidas las actividades complementarias a las que se refiere el numeral 22 del artículo 14 de la Ley 142 de 1994."⁴⁴

De acuerdo con lo anterior, la venta de agua en bloque es un negocio jurídico que se enmarca dentro de la normatividad vigente para la generalidad de los contratos que se suscriben en actividades de índole comercial. En ese sentido, los contratos de suministro de agua en bloque que se suscriben entre prestadores son libres y en ellos gobierna la voluntad entre las partes y la regulación general del derecho comercial, pero no se considera una actividad regulada por la CRA.

Respecto de las tarifas del servicio público domiciliario de acueducto, el numeral 1 del artículo 88 de la Ley 142 de 1994 establece que:

"Las empresas deberán ceñirse a las fórmulas que defina periódicamente la respectiva comisión para fijar sus tarifas, salvo en los casos excepcionales [...] De acuerdo con los estudios de costos, la comisión reguladora podrá establecer topes máximos y mínimos tarifarios, de obligatorio cumplimiento por parte de las empresas; igualmente, podrá definir las metodologías para determinación de tarifas si conviene en aplicar el régimen de libertad regulada o vigilada".

Mediante la Resolución CRA No. 03 de 1996, la entidad reguladora determinó que "[t]odas las entidades que en el territorio nacional presten el servicio público de acueducto y alcantarillado, están sometidas al Régimen de Libertad Regulada de Tarifas"⁴⁵. De acuerdo con el numeral 10 del artículo 14 de la Ley 142 de 1994 la libertad regulada se define como el "[r]égimen de tarifas mediante el cual la comisión de regulación respectiva fijará los criterios y la metodología con arreglo a los cuales las empresas de servicios públicos domiciliarios pueden determinar o modificar los precios máximos para los servicios ofrecidos al usuario o consumidor".

En virtud de lo anterior, los prestadores del servicio público domiciliario de acueducto deben establecer sus tarifas de acuerdo con su estructura de costos, bajo los principios de solidaridad y redistribución del ingreso del esquema de contribuciones y subsidios, cuyo fin es el de asegurar el acceso de la población de menores ingresos al servicio de acueducto.

⁴⁴ Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, Oficina Jurídica, Concepto 299 de 2011.

⁴⁵ Artículo 2 de la Resolución CRA No. 03 de 1996.

Así, a través de la Resolución No. 287 de 2004, la CRA establece el régimen de libertad regulada y la metodología que deben seguir los prestadores del servicio público de acueducto para determinar sus tarifas. Señala la citada Resolución que el cargo a calcular y cobrar por parte de las empresas se encuentra conformado por cuatro componentes que deben calcularse para todas las actividades relacionadas con la prestación del servicio⁴⁶. Dichos componentes son: (i) Costos Medios de Operación (CMO); (ii) Costos Medios de Inversión (CMI); (iii) Costos Medios de Administración (CMA) y; (iv) Costos Medios de Tasas Ambientales (CMT).

Ahora bien, respecto de las tarifas del servicio de agua en bloque, tal y como se señaló anteriormente, este servicio no se encuentra regulado por la CRA, razón por la que la Resolución CRA No. 287 de 2004 no incluye la metodología de cálculo tarifario para esta actividad.

En resumen, en la siguiente Tabla se presentan las diferencias que se dan entre la prestación del servicio público domiciliario de acueducto y el servicio de agua en bloque.

Tabla 3
Diferencias entre el servicio de agua en bloque y el servicio público domiciliario de acueducto

	Servicio de agua en bloque	Servicio público domiciliario de acueducto
Tipo de contrato	Contrato de suministro	Contrato de condiciones uniformes (CCU)
Marco Legal	Derecho Comercial	Régimen de servicios públicos domiciliarios
Partes del contrato	Empresa de acueducto integrada verticalmente – empresa comercializadoras de agua potable	Empresa Comercializadora de agua potable - Usuario Final
Actividad Regulada	NO	SI (CRA, SSPD)
Objeto de contrato	Suministro de agua en bloque	Prestación del servicio público domiciliario de acueducto

Fuente: Elaboración SIC. Información obrante en el expediente.

11.3.4. Sustituibilidad de la demanda

Toda vez que el abuso de posición de dominio investigado tiene lugar en el mercado de venta de agua en bloque, se debe evaluar la posibilidad de que los comercializadores, compradores de agua en bloque, suplan sus necesidades de demanda con otros proveedores o fuentes alternativos en respuesta a un cambio en los precios relativos del agua.

Tal y como se analizará más adelante, el Despacho coincide con la conclusión presentada por la Delegatura, según la cual, al menos en el corto plazo, el servicio de suministro de

⁴⁶ Las actividades relacionadas con la prestación del servicio, en general, son: captación, potabilización, distribución y comercialización.

agua en bloque no tiene sustitutos reales ni potenciales en relación con sus características y precios.

11.4. DEFINICIÓN DEL MERCADO RELEVANTE

11.4.1. Mercado de producto

Teniendo en cuenta lo señalado en el numeral 11.3 de la presente Resolución, es pertinente hacer las siguientes precisiones:

Si bien el servicio de suministro de agua en bloque se enmarca dentro de la cadena productiva del agua potable, la cual tiene como último eslabón la comercialización del bien al usuario final, la prestación de este servicio tiene todas las características que debe tener un mercado para ser calificado como tal.

En primer lugar, teniendo en cuenta que un mercado se define como *"un grupo de compradores y vendedores de un bien o servicio en particular. Los compradores son el grupo que determina la demanda que habrá por el producto y los vendedores son el grupo que determina la oferta de dicho producto"*⁴⁷, es claro que, independientemente de las razones por las que surge la venta de agua en bloque, al existir una demanda del servicio por parte de los comercializadores que no incurren en las demás etapas de la cadena del agua potable, y una oferta del mismo por parte de las empresas que están integradas verticalmente, el servicio de agua en bloque se constituye en un mercado.

Además, tal y como se analizó en el numeral 11.3.2. y en la Ilustración 2, cuando las partes celebran un contrato de suministro de agua en bloque, lo hacen en calidad de agentes comerciales, no como prestadores de un servicio público domiciliario, lo cual también hace diferenciable esta etapa de la cadena de las demás.

Por estas razones, además del análisis previo del servicio de agua en bloque (características específicas del servicio, usos, compradores, tarifas, actividad no regulada), este Despacho considera que este servicio se puede definir como un submercado dentro del mercado denominado *"prestación del servicio público domiciliario de agua potable"*.

Respecto del concepto de submercados dentro de mercados, en el caso *Brown Shoe* contra los Estados Unidos, la Suprema Corte señaló:

*"Los límites exteriores de un Mercado de producto están determinados por una razonable intercambiabilidad de usos y/o la elasticidad cruzada de la demanda entre el producto como tal y sus sustitutos. Sin embargo, dentro de este amplio mercado, pueden existir submercados bien definidos, y ser, en sí mismos, mercados de producto para propósitos de competencia. Los límites de ese submercado se pueden definir al examinar indicadores prácticos como el reconocimiento público o de industria del submercado como entidad económica separada, las características específicas del producto, sus usos, instalaciones específicas de producción, compradores distinguibles, precios diferenciados, sensibilidad a cambio de precios y vendedores especializados"*⁴⁸.

⁴⁷ Mankiw Gregory, *Principios de Economía*. Quinta Edición, p. 65.

⁴⁸ *The outer boundaries of a product market are determined by the reasonable interchangeability of use or the cross-elasticity of demand between the product itself and substitutes for it. However, within this broad market,*

De acuerdo con lo señalado anteriormente, este Despacho considera que para el presente caso, existen dos mercados relevantes: (i) la prestación del servicio público domiciliario de agua potable y (ii) el mercado de venta o suministro de agua en bloque, que está contenido dentro del primero, y que fue en el que tuvieron lugar las conductas investigadas.

11.4.2. Mercado geográfico

Teniendo en cuenta que el mercado afectado con la práctica desplegada por la EAAB corresponde al servicio de agua en bloque y que para prestar este servicio, como lo señaló la Delegatura, se requiere previamente de la captación del agua cruda de una fuente hídrica, de una planta de potabilización y de una red matriz de suministro, los cuales se encuentran ubicados directamente en los entes territoriales en los que se presta el servicio, este Despacho coincide con la definición del mercado geográfico realizado en el Informe Motivado, el cual corresponde a la ciudad de Bogotá y los siguientes nueve municipios circundantes: Soacha, Madrid, Funza, Sopó, Cajicá, Tocancipá, La Calera, Chía y Mosquera.

11.5. CONSIDERACIONES RESPECTO DEL MERCADO RELEVANTE

11.5.1. Sustituibilidad del suministro de agua en bloque

En las observaciones al Informe Motivado, el Apoderado de la EAAB sostuvo que en el caso que nos ocupa sí existe sustituibilidad en el suministro de agua en bloque, dado que existen numerosas fuentes hídricas en la zona geográfica en la que se prestan los servicios, que EMAR y/o COOPJARDIN podrían utilizar para abastecerse del agua que les suministra la EAAB.

Señala también que la sola existencia de barreras de entrada financieras no es justificación suficiente para concluir que no existe sustituibilidad en el mercado de agua en bloque, porque si así fuera, la Superintendencia de Industria y Comercio estaría incentivando las conductas "parasitarias" y la aparición de "comercializadores de garaje" que se aprovecharían de la infraestructura de redes de la EAAB para prestar el servicio de acueducto a los usuarios finales. Concluye el Apoderado que las barreras de entrada son superables, por tanto la Delegatura no puede concluir que no existen sustitutos del agua en bloque.

Al respecto, el Despacho debe manifestar su desacuerdo con el Apoderado de la Investigada, por las razones que se pasan a explicar.

En primer lugar, es preciso tener en cuenta que la existencia o inexistencia de sustituibilidad de agua en bloque se analiza en el presente caso partiendo de un escenario en el que un comercializador del servicio público domiciliario de acueducto (EMAR, COOPJARDIN) se ve enfrentado a un aumento de precio del insumo (agua potable) que requiere para prestar el servicio público domiciliario de acueducto a los usuarios finales con

well-defined submarkets may exist which, in themselves, constitute product markets for antitrust purposes. The boundaries of such submarket may be determined by examining such practical indicia as industry or public recognition of the submarket as a separate economic entity, the product's peculiar characteristics and uses, unique production facilities, distinct costumers, distinct prices, sensitivity to price changes, and specialized vendors" J.I.Glekien, et al. Antitrust Law Developments. 7th ed. 2012, pp. 590 y 591. Traducción propia.

quienes tiene un contrato vigente y a quienes les debe asegurar la prestación continua del servicio con la calidad prometida, como lo dispone el artículo 136 de la Ley 142 de 1994:

"Artículo 136. La prestación continua de un servicio de buena calidad, es la obligación principal de la empresa en el contrato de servicios públicos.

El incumplimiento de la empresa en la prestación continua del servicio se denomina, para los efectos de esta ley, falla en la prestación del servicio.

(...)"

En segundo lugar, se debe resaltar que el servicio público domiciliario de acueducto es un servicio público esencial, por lo que la continuidad en su prestación también resulta inminente.

En este contexto, la pregunta que surge es qué alternativas tiene el comercializador en el corto plazo, cuando se ve enfrentado a un aumento de precios del insumo agua potable que adquiere a través de un contrato de suministro de agua en bloque.

Si bien es cierto que puede haber fuentes alternativas de agua en la zona geográfica en la que el comercializador presta el servicio, también es cierto que, además de los costos económicos que supone el acceso a agua cruda, su potabilización y conducción (que serán del resorte del comercializador), existen otras barreras de entrada para acceder a esas fuentes de agua como la necesidad de contar con una concesión por parte de la autoridad competente, la necesidad de una licencia ambiental, así como la inversión e instalación de infraestructura.

Como es sabido por la EAAB, lograr la concesión, el otorgamiento de permisos y la instalación de infraestructura suponen una inversión no sólo en recursos monetarios sino en tiempo, por lo cual ésta no es una solución viable para el comercializador en el corto plazo. Por el contrario, dadas estas restricciones, en el corto plazo el comercializador tendrá una demanda altamente inelástica por el agua potable y terminará por aceptar el cambio de precios del insumo, aun cuando esto le suponga un aumento en sus costos de producción e incluso lo pueda llevar a salir del mercado en el mediano plazo.

La Investigada también señala que en la zona geográfica en la que el comercializador presta el servicio, o incluso en otras zonas, es posible que haya otros proveedores de agua en bloque que puedan suplir la necesidad de agua potable del comercializador. Al respecto, este Despacho resalta que existe una bajísima probabilidad de que en el corto plazo se cumplan en su totalidad las siguientes condiciones: (a) que efectivamente exista otro proveedor en un municipio aledaño; (b) que dicho proveedor disponga de excedentes de agua potable; (c) que esté en capacidad de ofrecer un menor precio con respecto al proveedor actual; y (d) que el menor precio relativo del proveedor potencial sea suficiente para cubrir la inversión en las adecuaciones de redes secundarias y redes locales en que debería incurrir el prestador.

Adicionalmente, como lo indica la Delegatura en su Informe, en Colombia no todos los prestadores del servicio de acueducto tienen fácil acceso físico a las fuentes hídricas, por lo que, a pesar de tener concesión de agua por parte de la autoridad ambiental, les puede resultar una opción de menor costo adquirir agua en bloque. De otra parte, sería extraño a la lógica económica que un comercializador optara por invertir en procesos de captación.

plantas de potabilización y sistemas de conducción que suponen costos superiores a la adquisición de agua en bloque⁴⁹.

Por último, el Despacho tampoco encuentra posible que en el corto plazo un comercializador de agua potable pueda celebrar un contrato de interconexión con un proveedor de agua potable que se encuentre en otra zona geográfica, porque esto también supone una inversión en infraestructura que, además de recursos económicos (que insistimos, no son aquí la variable fundamental para las conclusiones del Despacho), suponen una inversión de tiempo y un ajuste a reglamentos técnicos y aprobación del ente regulador.

En consecuencia, no es de recibo el argumento de la EAAB sobre la posibilidad que tendrían EMAR y/o COOPJARDIN de conseguir fuentes alternativas de agua potable en el corto plazo, si se ven enfrentados a un aumento significativo en el precio del suministro de agua en bloque de la EAAB.

Tampoco se acepta el señalamiento de la EAAB según el cual la conclusión de esta Entidad sobre la inexistencia de sustituibilidad de la demanda en el corto plazo incentiva la aparición de comercializadores de agua potable que se aprovechen de la infraestructura instalada de la EAAB para prestar su servicio sin tener que incurrir en tantos costos. Una vez más, se insiste en que el análisis del Despacho parte del hecho de que un comercializador actual (no potencial) que tiene el compromiso de prestar el servicio público domiciliario a usuarios finales, se ve enfrentado a un aumento de precios del agua potable.

Este es un escenario diferente al de analizar cómo se debe tratar la entrada de nuevos comercializadores al mercado, y sobre si es justo, eficiente y deseable que dicho nuevos comercializadores tengan la posibilidad de usar la infraestructura de redes existente y, en general, la infraestructura de la empresa integrada verticalmente, para prestar el servicio público. Este es un aspecto que se deberá ventilar ante la CRA, autoridad regulatoria, y sobre el cual esta Entidad no presentará opinión alguna por no ser del resorte de esta actuación administrativa.

11.5.2. De la posición de dominio de la EAAB en los mercados relevantes

Para el Apoderado, el mercado relevante es uno solo, el mercado de distribución de agua potable. Por esta razón, considera que el concepto de posición de dominio del Informe Motivado cambia, ya que los interesados en entrar al mercado de agua potable tienen la posibilidad de hacerlo sin que la EAAB pueda determinar, directa o indirectamente, las condiciones de dicho mercado. Lo anterior, toda vez que el mercado se encuentra regulado por la Comisión de Regulación de Agua Potable, que señala los lineamientos que se deben tener en cuenta para llevar a cabo la actividad y que en materia ambiental, existen normas de tipo jurídico y contable.

⁴⁹ Al respecto, el señor LUIS FABIAN CASTILLA RODRIGUEZ, representante legal de las empresas HYDROS CHIA e HYDROS MOSQUERA, empresas comercializadoras de agua potable, compradoras de agua en bloque a la EAAB, en testimonio del 8 de septiembre de 2011, manifestó que en el corto plazo no hay forma de suplir el agua en bloque, y que aun cuando existen fuentes alternativas para el caso de HYDROS CHIA, como la solicitud de permiso a la autoridad ambiental para tener acceso al agua del río Bogotá y construir una planta de tratamiento, lo anterior implicaría un largo tiempo y una significativa inversión que estiman en \$15.000 millones, lo cual garantizaría autoabastecimiento pero probablemente no un menor costo con respecto al agua en bloque. Obrante a folio 651 del en el Cuaderno No. 3 del Expediente, folio 651.

Al respecto, este Despacho considera pertinente señalar que según el artículo 4 de la Ley 1340 de 2009, en los casos en los que existen normas particulares para algunos sectores, éstas prevalecen exclusivamente en el tema específico. De acuerdo con lo anterior, es necesario remitirse a la Ley 142 de 1994 por medio de la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios.

En efecto, el numeral 13 del artículo 14 de la citada Ley señala que la posición dominante *"es la que tiene una empresa de servicios públicos respecto a sus usuarios; y a la que tiene una empresa, respecto al mercado de sus servicios y de los sustitutos próximos a éste, cuando sirve al 25% o más de los usuarios que conforman el mercado"* (negrilla fuera de texto).

Con base en los testimonios recaudados durante la investigación y las demás pruebas obrantes en el expediente, se ha podido demostrar que la EAAB ostenta una participación de más del 25% del mercado de acueducto en la ciudad de Bogotá y el municipio de Soacha⁵⁰. Adicionalmente, y como lo indica el Informe Motivado, los competidores de la Investigada son prestadores del servicio de acueducto de menor tamaño, que cuentan con menos de 2500 suscriptores y que fueron autorizados para prestar el servicio en sectores determinados de la ciudad en los cuales la EAAB no tenía cobertura de red⁵¹, razón por la que no ejercen una presión competitiva efectiva a la EAAB.

De acuerdo con lo anterior, este Despacho encuentra que la EAAB ostenta posición de dominio en el servicio público domiciliario de acueducto en la ciudad de Bogotá y el municipio de Soacha, hecho que también fue aceptado por la Investigada⁵².

Ahora bien, en relación con la posición de dominio para el mercado del servicio de suministro de agua en bloque, ésta también la ostenta la EAAB en Bogotá y en los nueve municipios circundantes. A modo de ilustración, a continuación se citan algunos testimonios que corroboran esta afirmación:

- Testimonio de la administradora de la sociedad EMAR S.A., CLAUDIA PATRICIA JAIME AMAYA, recaudado durante el transcurso de la visita administrativa realizada a dicha empresa el 16 de abril de 2010⁵³:

Pregunta: *Indique al despacho ¿Qué proveedores de agua, bien sea por metro cúbico o en bloque existen o han existido en el municipio de Soacha a los cuales EMAR pueda acceder?*

Respuesta: *No conozco otra empresa que tenga esa modalidad de venta.*

⁵⁰ La representante legal de EMAR señaló en el testimonio rendido ante esta Superintendencia que la EAAB atiende entre el 97 y el 98% de los usuarios del municipio de Soacha, Cuaderno No. 3 del Expediente, folios 619 a 620. De otra parte, la presentación corporativa de la EAAB para diciembre de 2011 indica que en Bogotá, la EAAB atiende al 88% de la población.

⁵¹ Como los casos de EMAR en la urbanización El Rincón en Soacha y COOPJARDÍN en los sectores de Guaymaral y Arrayanes. Testimonios rendidos por Luis Fernando Ulloa Vergara (Cuaderno No. 4 del Expediente, folio 745) y Denny Rodríguez Espitia, Cuaderno No. 5 del Expediente, folio 1230.

⁵² Este hecho lo confirmó la Investigada en la audiencia verbal de descargos (minuto 36 de la grabación).

⁵³ Documento obrante en de los folios 61 a 77 del Cuaderno No. 1.

- Testimonio del señor CARLOS HERNAN PENAGOS, representante legal de la EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DE SOPÓ EMAR S.A..⁵⁴

"Pregunta: ¿La Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá es el único proveedor de agua en bloque con el que cuentan ustedes?"

Respuesta: de agua en bloque sí, a ver nosotros tenemos dos fuentes de abastecimiento. La empresa de acueducto y alcantarillado de Bogotá nos presta el 80% del agua que nosotros distribuimos y un 20% nosotros tenemos unos pozos donde tratamos nuestra agua."

- Testimonio del señor JOSUE FRIAS CRUZ, representante legal de la EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DE CAJICÁ:

"Pregunta: en una respuesta anterior usted nos mencionaba que usted realiza la compra de agua en bloque a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, ¿esa es la única fuente de abastecimiento que usted, con la que ustedes cuentan?"

Respuesta: es la única fuente, sí señor, dependemos exclusivamente del acueducto.

Pregunta: ¿Nos podría indicar que proveedores existen o han existido en la zona de influencia o prestan o han prestado a la empresa de servicios públicos de Cajicá?"

Respuesta: hasta la fecha únicamente la empresa de acueducto y alcantarillado de Bogotá.

Pregunta: ¿y existiría la posibilidad de que alguien más le surtiera ese servicio?"

Respuesta: actualmente no, no existe otra posibilidad.⁵⁵

El Apoderado de la Investigada señala que el hecho de que la EAAB sea el único proveedor de agua en bloque no significa que ostente posición de dominio en ese mercado, toda vez que las barreras de entrada a las que se refiere la Delegatura en el Informe Motivado son perfectamente superables y existen opciones de sustituibilidad para los compradores.

Sobre este punto, el Despacho considera pertinente remitirse al numeral 11.4 de la Resolución, en el cual se determinó que en el presente caso existen dos mercados relevantes que son el mercado del servicio público de agua potable y el mercado del servicio de suministro de agua en bloque.

Así las cosas, vale la pena señalar que este Despacho comparte la conclusión presentada en el Informe Motivado según la cual la EAAB ostenta posición de dominio en el mercado del servicio de agua en bloque en la ciudad de Bogotá y nueve municipios circundantes.

⁵⁴ Documento obrante de los folios 624 a 626 del Cuaderno No. 3.

⁵⁵ Documento obrante de los folios 736 a 742 del Cuaderno No. 3.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Lo anterior, debido a la cuota de participación que tiene la EAAB en este mercado y a la presencia de barreras de entrada significativas al mismo. En efecto, al ser la EAAB la única empresa de acueducto que ofrece agua en bloque a los prestadores del servicio ubicados en la ciudad de Bogotá y los municipios de Soacha, Madrid, Funza, Sopó, Cajicá, Tocancipá, La Calera, Chía y Mosquera, tiene una cuota de participación en este mercado del 100%.

En cuanto a las barreras de entrada al mercado del servicio de agua en bloque, es importante resaltar que la Delegatura identificó las siguientes: (i) Restricciones en la disponibilidad natural del insumo, (ii) Altos costos de inversión, (iii) Economías de escala, y (iv) Costos hundidos.

Las barreras a la entrada se pueden definir como todos aquellos factores que **impidan, dificulten o retrasen considerablemente el acceso de potenciales competidores a un mercado determinado**, para competir en condiciones cuando menos similares a las de los agentes ya establecidos. Son analizadas para determinar si una empresa tiene posición de dominio en un mercado determinado, toda vez que le otorgan a las empresas establecidas ventajas sobre los potenciales entrantes.

Las barreras a la entrada que se presentan con mayor frecuencia y por lo tanto, son objeto de análisis son: (i) barreras legales y estructurales; (ii) costos hundidos; (iii) tiempo de entrada; (iv) escala de entrada; (v) identidad de marca; (vi) requerimientos tecnológicos e inversión en capital; (vii) costos de transporte; y (viii) acceso a fuentes de abastecimiento.

De acuerdo con lo anterior, para este Despacho es claro que las barreras encontradas por la Delegatura, si bien no impiden la entrada de potenciales competidores al mercado definido como el servicio de suministro de agua en bloque, si la dificultan o retrasan de manera significativa.

En efecto, existen restricciones en la disponibilidad natural del insumo, toda vez que para explotar una fuente de agua cruda es necesario contar con una licencia otorgada por la autoridad ambiental, razón por la que, tal y como lo señala el Informe Motivado, no todos los prestadores del servicio de acueducto tienen fácil acceso físico a las fuentes hídricas⁵⁶. Adicionalmente, existen factores como una inversión inicial en redes significativa, la presencia de economías de escala que hace que los costos medios de firmas de menor escala sean mayores y los altos costos hundidos de construir la infraestructura de un acueducto, que desincentivan la entrada al mercado definido.

Por lo anterior, no es de recibo el argumento del Apoderado según el cual las barreras a la entrada señaladas en Informe Motivado son perfectamente superables.

También señala el Apoderado que el Delegado para la Protección de la Competencia confunde la figura contractual (contrato de suministro) con el bien (agua potable), toda vez que la venta de agua en bloque es una modalidad contractual entre prestadores del servicio en la que un prestador provee de agua a otro prestador para que la distribuya entre sus suscriptores.

Manifiesta que si el mercado relevante se hubiera definido con base en el bien agua en la cuenca del Río Bogotá y no con base en la figura contractual de agua en bloque, las

⁵⁶ Op cit., MARTINEZ, J y RAMIREZ, J. (2007). p. 44.

conclusiones del Informe Motivado serían diferentes. Asegura que se hubiera encontrado que la oferta de agua no depende exclusivamente de la figura contractual de agua en bloque, pues varios municipios tienen fuentes propias y otros se autoabastecen; asimismo, señala que la fijación de tarifas en la región no depende de la tarifa de agua en bloque, pues los municipios fijan sus tarifas al usuario final con base en la fórmula establecida por la CRA.

En este punto es conveniente remitirse al numeral 11.4 de esta Resolución, en el que se señala, con base en la definición de mercado, que el suministro de agua en bloque tiene todas las características de un mercado. Efectivamente existe una demanda del servicio por parte de los comercializadores que no participan en las demás etapas de la cadena del agua potable, y una oferta del mismo por parte de las empresas que están integradas verticalmente. Adicionalmente, ya señaló este Despacho que las características propias del suministro de agua en bloque lo diferencian del servicio público domiciliario de acueducto, razón por la que no es posible considerar que la venta de agua en bloque sea tan sólo una figura contractual como lo indica el Apoderado.

Ahora bien, sobre la afirmación que hace el Apoderado de que la oferta de agua no depende exclusivamente de la figura contractual de agua en bloque, dado que varios municipios tienen fuentes propias y otros se autoabastecen, se debe señalar que no se desconoce el hecho de que en la actualidad algunos municipios cuentan con esa opción, sin embargo, como se señaló en el numeral 11.5.1., en el corto plazo no es factible un cambio de proveedor de agua para su posterior entrega al usuario final.

No es de recibo el argumento del Apoderado según el cual la fijación de tarifas del servicio de acueducto no depende de la tarifa de agua en bloque, pues los municipios fijan sus tarifas al usuario final con base en la fórmula establecida por la CRA. Si bien comparte el Despacho lo señalado respecto de que los municipios fijan sus tarifas de prestación del servicio de agua potable al usuario final con base en la fórmula establecida por la CRA, no acepta la afirmación de que éstas no dependen de la tarifa de agua en bloque.

Lo anterior, toda vez que como se explicará en detalle más adelante, la metodología tarifaria para el cálculo de los costos de prestación del servicio público domiciliario de acueducto, señala que los prestadores que tienen contratos de suministro de agua en bloque, para comprar el agua y venderla posteriormente al usuario final, deben incluir en el componente particular de acueducto el costo del suministro de agua en bloque.

11.6. DE LAS CONDUCTAS IMPUTADAS A LOS INVESTIGADOS

11.6.1. Condiciones para la aplicabilidad del artículo 50, numeral 4, del Decreto 2153 de 1992

El Apoderado de la Investigada rechaza los argumentos de la Delegatura frente al supuesto abuso de posición dominante de la EAAB al aumentar de forma discriminada los precios de suministro de agua en bloque únicamente para EMAR y COOPJARDIN, las dos empresas comercializadoras que compiten con la Investigada en la comercialización de agua potable en Soacha y Bogotá.

En el sentir del Apoderado, en el evento en que el Despacho llegare a concluir que el suministro de agua en bloque constituye un mercado independiente al de la prestación del

"Por la cual se imponen unas sanciones"

servicio público de agua potable y que se determinase que en éste la EAAB ostenta posición de dominio, no se cumplen los elementos que señala el numeral 4 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 por cuanto al no haber acuerdo entre las partes sobre el precio, la venta del agua en bloque nunca se perfeccionó. Siendo la venta un requisito esencial para la aplicación del numeral 4, no se puede concluir que se configuró la conducta.

El Despacho no encuentra razonable el argumento de la Investigada porque, como ya se definió en un acápite anterior, es claro que la EAAB sí ostenta posición de dominio en el mercado de suministro de agua en bloque. Esta posición de dominio es legal y acorde con las normas de protección de la libre competencia, siempre y cuando quien la ostente no abuse de ella. El Decreto 2153 de 1992 señala las conductas que constituyen abuso de posición dominante, entre las que se encuentra la del numeral 4, que es aplicable a la presente actuación administrativa:

"ARTICULO 50. ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE. Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente decreto, se tendrá en cuenta que, cuando exista posición dominante, constituyen abuso de la misma las siguientes conductas:

(...)

4. 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.

(...)"

Además, la venta de agua en bloque se llevó a cabo, y las tarifas aplicables en virtud del Acuerdo 08 de 2008 fueron discriminatorias, como se pasa a explicar.

a) Efectividad de la venta de agua en bloque con la aplicación de la tarifa del Acuerdo 08 de 2008:

El Despacho comparte la posición de la Investigada que señala la venta como elemento esencial para la aplicabilidad del numeral cuarto antes citado, pero considera que dicho requisito sí se cumplió en el caso bajo examen.

De acuerdo con el acervo probatorio, la relación comercial de EMAR y COOPJARDIN con la EAAB se soporta en un contrato de suministro de agua en bloque, como se relaciona en la tabla a continuación:

Tabla 4
Contratos de suministro de agua en bloque de EMAR y COOPJARDIN

	EMAR	COOPJARDIN
Contrato No.	Contrato No. 1-99-9000-0261-98 para la prestación del servicio de agua en bloque ⁵⁷ .	Convenio entre la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P con la Cooperativa de Servicios Públicos de Acueducto y Alcantarillado de la Parcelación E

⁵⁷ Cuaderno No. 1 del Expediente, folios 13-16.

RESOLUCIÓN NÚMERO **53992** DE 2012 Hoja N°. 33

"Por la cual se imponen unas sanciones"

		Jardín Limitada, COOPJARDIN ESP, LTDA. No. 9-99-9100-316-1999 ⁵⁰ .
Fecha de celebración	10/09/1998	09/08/1999
Régimen tarifario aplicable	Cláusula sexta: Tarifas: EMAR S.A. pagará a la EMPRESA el caudal de agua que se le suministre, así: a) siempre que el suministro registrado por el macromedidor ultrasónico no exceda el volumen máximo pactado de 67.392 metros cúbicos mensuales durante la vigencia del presente contrato, pagará la suma de \$440,84 por cada metro cúbico suministrado. b) Cuando el suministro registrado por el macromedidor ultrasónico exceda el volumen máximo pactado de 67.392 metros cúbicos mensuales, para el mismo periodo, pagará la suma de \$503,89 por cada metro cúbico suministrado en exceso.	Cláusula octava: Tarifas: Coopjardín pagará a la EMPRESA el caudal de agua que se le suministre, así: a) siempre que el suministro registrado por el medidor no exceda el volumen máximo pactado de 18.000 metros cúbicos mensuales durante la vigencia del presente convenio, pagará el costo de referencia del servicio de agua en bloque, es decir la suma de \$475,58 mcte por cada metro cúbico suministrado. b) Cuando el suministro registrado por el medidor exceda el volumen máximo pactado de 18.000 metros cúbicos mensuales, pagará el costo de incremento a largo plazo, es decir la suma de \$543,60 mcte por cada metro cúbico suministrado en exceso.
Ajuste de tarifas	Cláusula séptima: Régimen tarifario: las tarifas mencionadas en la cláusula sexta de este contrato corresponden al valor de las mismas para el mes de julio de 1998. A partir de agosto de 1998, las tarifas serán actualizadas con el índice autorizado por la Junta Directiva de la Empresa con base en los lineamientos y políticas trazadas por la Comisión de Regulación de Agua Potable (CRAP). Parágrafo: estas tarifas se aplicará hasta cuando sea necesario reajustarlas tomando como base los resultados de un nuevo estudio de costos y tarifas establecido por la EMPRESA, acatando en todo caso los lineamientos que fije la Autoridad Reguladora.	Cláusula novena: Régimen tarifario: las tarifas mencionadas en la cláusula (sic) séptima de este convenio corresponden al valor de las mismas para el mes de junio de 1999. PARÁGRAFO: Estas tarifas se aplicarán hasta cuando sea necesario reajustarlas tomando como base los resultados de un nuevo estudio de costos y tarifas establecido por la Empresa, acatando en todo caso los lineamientos que fije la Autoridad Reguladora.
Vigencia	Un año contado a partir de la fecha de suscripción del acta de iniciación, prorrogable por solicitud de EMAR.	Tres años a partir de la suscripción del acta de iniciación, prorrogable por solicitud de COOPJARDIN.

Fuente: Elaboración SIC con base en los contratos que reposan en el expediente.

Los contratos relacionados en la Tabla 4 anterior eran los contratos vigentes al momento en que la EAAB expidió el Acuerdo No. 008 de 2008 por cuanto su vigencia se había actualizado año a año⁵⁹, así que eran los convenios a los que se les aplicaría la nueva tarifa, como lo manifestó la EAAB en algunos documentos que vale la pena citar.

⁵⁰ Cuaderno No. 1 del expediente, folios 146-152.

⁵⁹ Ver, por ejemplo, Cuaderno No. 1 del expediente, folios 16A a 18.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

De una parte, en la comunicación enviada a COOPJARDÍN, la EAAB menciona⁶⁰:

"Atentamente me permito remitir la factura de consumo de vigencia de mayo de 2009. Es importante señalar que la tarifa ha cambiado en virtud de lo establecido en el Acuerdo 08 de Junta Directiva del 17 de octubre de 2008 (anexo copia), publicado el día 20 de mayo de 2009 con número de publicación 4210 del Registro Distrital

Vale la pena aclarar que el cálculo de la factura se realizó de la siguiente manera:

FECHA	VOLUMEN (m ³)	TARIFA	VALOR
Del 1° al 19 de Mayo/09	11436	879.60	10.059.145
Del 20 al 31 de Mayo/09	7224	1.676.63	12.111.975
TOTAL	18.660		22.171.120

(...)"

En otra comunicación dirigida a EMAR dando respuesta a la oposición de ésta al pago de la nueva tarifa, la EAAB le responde que:

"La tarifa a que usted alude fue establecida por la Junta Directiva de la Empresa mediante Acuerdo 08 de 2008, debidamente motivado y vigente a la fecha, y la factura ha sido liquidada en debida forma, por lo que no encontramos razones jurídicas para su oposición al pago"⁶¹.

Teniendo en cuenta lo anterior, y recalcando que la vigencia de los contratos de EMAR y COOPJARDIN inició en septiembre de 1998 y agosto de 1999, respectivamente, no cabe duda de que las tarifas establecidas en el Acuerdo 08 de 2008 aplicaban para los contratos vigentes.

A diferencia de la teoría expuesta por la Investigada, la venta no sólo existió sino que se perfeccionó, dado que se hizo en virtud de los contratos vigentes entre las partes, aunque existiera una controversia en torno a la nueva tarifa, proveniente de la modificación unilateral de una de ellas.

b) Venta diferenciada:

Tal y como se expuso en el Informe Motivado, y como consta claramente en el Acuerdo 08 de 2008 y en su documento de soporte, el Acuerdo se dirigió únicamente a las "empresas adquirentes de agua, que no sean usuarios del servicio público domiciliario que presta la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P EAAB y que atiendan usuarios en los Municipios donde la EAAB ESP sea prestador del servicio público domiciliario de acueducto", mientras que el mercado relevante del suministro de agua en bloque incluye a todas las empresas comercializadoras que compran agua para posteriormente venderla a los usuarios finales.

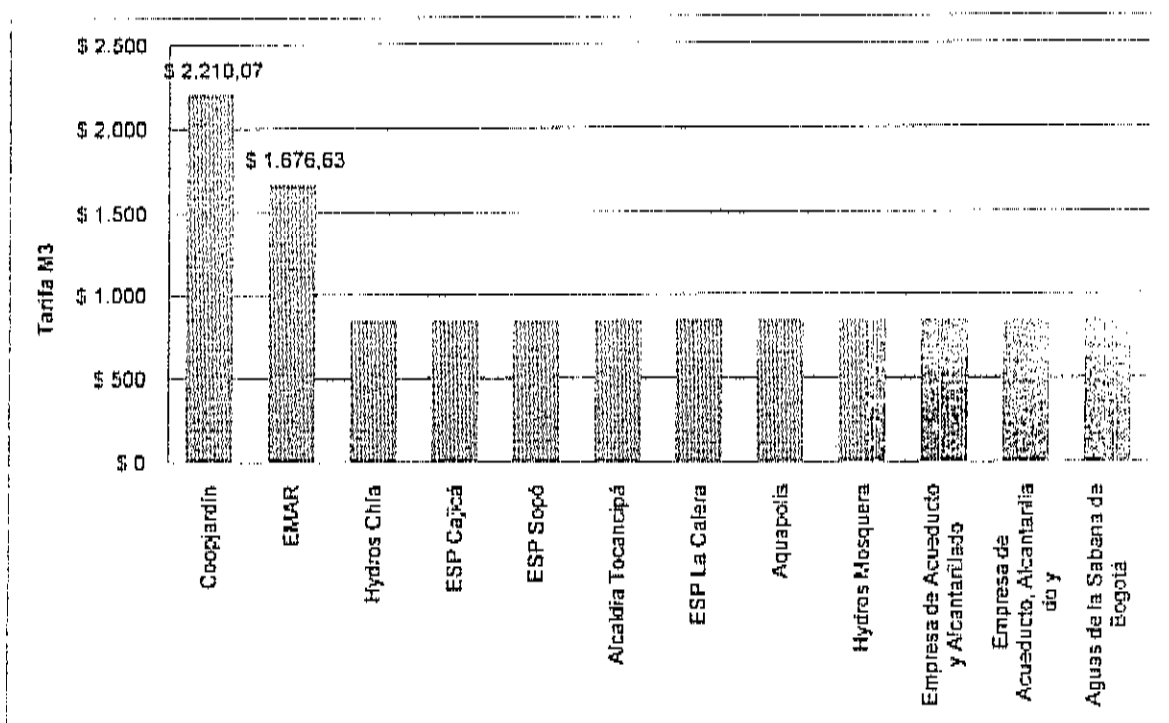
Así, el Acuerdo 08 se diseñó y aplicó únicamente a EMAR y COOPJARDIN, mientras que había otros comercializadores del servicio público domiciliario de agua potable a quienes

⁶⁰ Cuaderno No. 1 del Expediente, folio 131. Existe una comunicación análoga enviada a EMAR, que consta en el Cuaderno No. 1 del expediente, folio 20.

⁶¹ Cuaderno No. 1 del expediente, folios 49-50.

se les siguió aplicando la tarifa vigente, sustancialmente menor, como se evidencia en el siguiente gráfico:

Gráfica 1
Comparación de tarifas entre comercializadores que compiten y no compiten con la EAAB en la prestación del servicio público de acueducto



Fuente: Informe Motivado

Lo anterior se corrobora con los testimonios de los representantes legales de varias de las empresas comercializadoras, a quienes no se les aplicó el Acuerdo 08 de 2008:

El señor JOSUE FRIAS CRUZ, representante legal de la EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DE CAJICÁ S.A E.S.P. señaló:

"Pregunta: Dr. FRÍAS usted nos podría indicar si a la empresa que usted representa se le ha aplicado en algún momento el Acuerdo, bueno primero cuéntenos si usted tiene conocimiento del Acuerdo de Junta Directiva 08 de 2008 de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá?"

Respuesta: *Alguna vez el gerente anterior, en una de las reuniones que tuvimos hace varios meses el mencionó que había un acuerdo que era la tarifa que la junta había establecido pero no conocemos el texto, no nos fue facilitado, no fue socializado, no se nos informó (...)*⁶²

En igual sentido, rindió testimonio el señor JORGE LINO MACHETA, gerente de la EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DE LA CALERA, quien respondió:

"Pregunta: ¿Tienen ustedes conocimiento o que significa la existencia del Acuerdo 08 de 2008 de la Junta Directiva de la Empresa de Acueducto de Bogotá?"

⁶² Documento obrante de los folios 736 a 742 del cuaderno 3 del expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Respuesta: no, no tengo conocimiento.

Pregunta: Es decir, ¿ésto nunca se les ha aplicado a ustedes?

Respuesta: no señor, nosotros tenemos el acuerdo de junta directiva 08 del 2002.

(...)

Pregunta: Doctor Jorge, ¿la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá presta servicio de acueducto y alcantarillado en algunos de los estratos que usted nos comentaba que no atiende?

Respuesta: No señor. El no presta el servicio de acueducto, solamente lo prestamos nosotros. Hasta donde yo tengo conocimiento, en ninguno de los 3.⁶³

Así mismo, el gerente de la EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DE SOPÓ, CARLOS HERNAN PENAGOS PEÑA, afirmó que:

"Pregunta: ¿La EAAB le presta o ha prestado el suministro de agua potable en el municipio de Sopó?

Respuesta: sí. Nosotros le compramos agua en bloque a la EAAB.

Pregunta: Pero, ¿ésta empresa opera dentro del municipio?

Respuesta: No. Nosotros compramos agua en bloque, agua tratada y nosotros hacemos toda la operación de comercialización, toda la comercialización y toda su distribución, comercialización y su recaudo como tal. Nosotros le hacemos es pagarle el agua en bloque.

Es como si yo produjera el agua y la dejara en un ducto ya producida, esa es el agua, de ahí para adelante pues yo simplemente me encargo de distribuirlo.

Pregunta: ¿ustedes tienen conocimiento o saben cuál es el contenido o existencia del Acuerdo de Junta 08 de 2008 de la Empresa de Acueducto de Bogotá?

Respuesta: No.

Pregunta: ¿Nunca se les ha aplicado nada de esto a ustedes?

Respuesta: No.⁶⁴

Y por último, otro de los ejemplos de testimonios que prueban lo dicho en líneas anteriores es el de AMPARO FABIOLA MONTEZUMA SOLARTE, gerente de la EMPRESA DE ACUEDUCTO DE FUNZA, quien ante las preguntas realizadas por el Despacho respondió:

Pregunta: ¿usted tiene conocimiento del Acuerdo de Junta Directiva 08 de 2008 de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá?

Respuesta: No.

⁶³ Documento obrante de los folios 629 a 633 del cuaderno No.3.

⁶⁴ Documento obrante de los folios 624 a 626 del cuaderno No.3.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Pregunta: *¿No sabe si en algún momento se le haya aplicado ese acuerdo a la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADLO DE FUNZA?*

Respuesta: *no, no señor.*

(...)

Pregunta: *¿Nos podría indicar si la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá presta el servicio en el municipio de Funza?*

Respuesta: *no, no lo presta.⁶⁵*

De acuerdo con lo anterior, y con el gráfico anterior, en suma a que las tarifas derivadas del Acuerdo 08 de 2008 en efecto fueron cobradas de manera exclusiva a EMAR y a COOPJARDIN, este Despacho concluye que no sólo se dio el elemento de la existencia de una venta, sino que ésta fue discriminatoria para unos de los comercializadores frente a la tarifa aplicable a los demás.

11.6.2. Causas para el desmonte de las tarifas del Acuerdo 08 de 2008

Tal y como se evidencia en el acervo probatorio que reposa en el expediente, una vez la EAAB aplicó las tarifas del Acuerdo 08 de 2008, tanto EMAR como COOPJARDIN enviaron diversos documentos a la EAAB, a la CRA y a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios para exigir una explicación respecto del aumento tan significativo de las tarifas y manifestó su desacuerdo con las mismas a la EAAB, resolviendo no pagar el monto correspondiente al aumento tarifario.

En marzo de 2010, tanto EMAR como COOPJARDIN recibieron una escueta comunicación⁶⁶ de la EAAB en la que señalaba que se había realizado el ajuste correspondiente a la liquidación de las facturas generadas a partir de la publicación del Acuerdo 8 de 2008. En la factura anexa se reflejaba que la deuda correspondiente al cobro del excedente de la tarifa había sido condonada.

Independientemente de las causas que llevaran a la EAAB a inaplicar el Acuerdo 08 de 2008, el Despacho reconoce esta decisión como beneficiosa puesto que, finalmente, la aplicación de las tarifas del Acuerdo 08 de 2008 no llegó a perjudicar a los usuarios finales del servicio público de acueducto atendidos por EMAR y COOPJARDIN.

En el documento que soporta la inaplicación del Acuerdo 08 de 2008 a EMAR y COOPJARDIN, el abogado de la EAAB señala que:

"Ciertamente el valor de la tarifa establecida por el Acuerdo 008 de 2008 para el suministro del servicio de agua en bloque está ajustado a derecho y a la equidad, sin embargo y tal como se señala en el documento de soporte de esta tarifa se debe aplicar para aquellos usuarios que accedan al servicio luego de la expedición del acuerdo, especialmente cuando sea por imposición de la CRA.

(...)

⁶⁵ Documento obrante en el folio 730 del Cuaderno No. 3.

⁶⁶ Cuaderno No. 1 del expediente, folios 81-82 y folios 145-146.

Por esas razones el título del Acuerdo 008 de 2008 se refiere a la "Tarifa de suministro y acceso para empresas adquirentes de agua...(destacamos), con lo cual se pone de presente que dicho régimen sólo se aplicará a quienes tengan acceso al servicio luego de la expedición del mencionado Acuerdo 008"⁶⁷.

No obstante los argumentos de la Oficina de Asesoría Legal de la EAAB, llama la atención al Despacho que luego de varios meses en los que la Investigada esgrimió argumentos jurídicos a EMAR y COOPJARDIN para justificar las tarifas del Acuerdo 08 de 2008, súbitamente haya decidido detener su aplicación por cuestiones de su aplicabilidad en el tiempo, sin proponer una solución a los supuestos desequilibrios que se estaban presentando con el cobro de las tarifas de suministro de agua en bloque a EMAR y a COOPJARDIN.

En el expediente no reposa prueba alguna tendiente a demostrar que la EAAB ha tratado de corregir los desequilibrios que supuestamente se generaban a partir de las Resoluciones No. 421 de 2007 y No. 287 de 2004 expedidas por la CRA, ni ha demandado la nulidad de las mismas. Simplemente se abstuvo de aplicar las tarifas del Acuerdo 08 de 2008 a EMAR y COOPJARDIN y asimismo perdió cualquier interés en corregir las supuestas fallas que generaban inequidad en los usuarios del servicio público domiciliario de acueducto.

11.6.3. Intencionalidad de la EAAB de disminuir o eliminar la competencia en el mercado de comercialización de agua potable entendido como servicio público domiciliario

En este acápite, el Despacho procede a analizar si el Acuerdo 08 de 2008 de la Junta Directiva de la EAAB se celebró con el fin de reducir o eliminar la competencia en el mercado de comercialización del servicio público domiciliario de agua potable.

Para estos efectos, se analizarán: (a) el documento que antecedió la expedición del Acuerdo 08 de 2008, (b) la Resolución CRA 287 de 2004, y el entendimiento que la EAAB tuvo sobre su aplicabilidad; (c) la Resolución CRA No. 421 de 2007 y su aplicabilidad; (d) las implicaciones de la imposición de una servidumbre por parte de la CRA, a cargo de la EAAB y a favor de un comercializador; (e) aspectos relacionados con el concepto de subsidios cruzados implícitos a la que se refiere la EAAB, y (f) la confusión de la EAAB respecto del concepto de usuario final.

a) Justificación del Acuerdo 08 de 2008

La Gerencia Corporativa de Planeamiento y Control de la EAAB preparó el documento denominado "Tarifa de suministro y acceso para adquirentes de agua que atienden usuarios en Bogotá D.C., Soacha o Gachancipá", en el que se explican las razones por las cuales se debía aumentar la tarifa para el suministro de agua en bloque que se cobra a las empresas comercializadoras que prestan el servicio público domiciliario de agua potable en áreas en las que la EAAB también presta el mismo servicio, es decir que son competidores.

⁶⁷ Memorando de fecha 19 de febrero de 2010, obrante en el Cuaderno No. 2 del expediente, folios 293-296.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

El documento parte del hecho de que la CRA, a través de la Resolución No. 421 de 2007, impuso servidumbre de acceso a la EAAB a favor de COOPJARDIN para el acceso a dos nuevos puntos de suministro, como se explicará en detalle más adelante.

Para la EAAB, la imposición de estas servidumbres resulta perjudicial puesto que *"constituiría un incentivo para que estos nuevos prestadores se orienten a atender suscriptores para los que las inversiones necesarias son inferiores al promedio de la ciudad"*⁶⁸ y porque *"La imposición de servidumbre por la CRA a la Empresa a favor de otra ESP crea el antecedente de que es posible obligar a la Empresa a otorgar acceso a la red matriz y en consecuencia a suministrar agua a sus competidoras"*⁶⁹.

De otra parte, la EAAB analiza las Resoluciones CRA No. 287 de 2004 y No. 421 de 2007, y llega a la conclusión de que el esquema tarifario debe obedecer a un sistema de "subsídios cruzados implícitos" en el que existe un valor único de costo medio de inversión para cada una de las actividades de la cadena, y en la que los usuarios que están más cerca a la red matriz, o que no requieren de inversiones futuras en infraestructura, implícitamente subsidian a aquellos que se encuentran en zonas más distantes a la red matriz o que requieren inversiones futuras, estaciones de bombeo, etc., debido a que aun cuando los costos de inversión para cada usuario individualmente considerado sean diferentes (unos mayores a otros) a todos se les aplica un único costo medio de operación.

La interpretación de la Investigada es que los usuarios finales atendidos por comercializadores diferentes a la EAAB, que adquieren el agua en bloque para posteriormente venderla, no aplican estos subsidios cruzados implícitos a los que se refiere la Resolución CRA No. 287 de 2004.

*"Como consecuencia de lo anterior, las tarifas aplicadas a sus usuarios finales por otro prestador dentro de Bogotá pueden ser inferiores a las de la Empresa [EAAB], no necesariamente como resultado de un costo medio más eficiente sino como resultado de no contribuir al esquema de subsidios cruzados implícito en la fórmula tarifaria de la resolución CRA 287 de 2004. (...) En consecuencia, se hace necesario adoptar una estructura tarifaria para el suministro de agua a prestadores que prestan el servicio en Bogotá, Soacha o Gachancipá asegurando que todos los suscriptores en jurisdicción de una misma entidad territorial participan en el esquema de subsidios cruzados implícito en la Resolución CRA 287 de 2004"*⁷⁰.

Así, la Gerencia Corporativa de Planeamiento y Control de la EAAB propuso cobrar a las empresas que se encuentran en este escenario, una tarifa de suministro y acceso equivalente a la de un usuario final del servicio, de estrato 4, lo cual evitaría la aparición de nuevos compradores de agua en bloque orientados a atender usuarios con menores costos que el promedio de la ciudad.

Como se analiza más adelante, y se corrobora con los demás argumentos expuestos en la presente Resolución, el Despacho considera que las razones por las que se expidió el

⁶⁸ Documento "Tarifa de suministro y acceso para adquirentes de agua que atienden usuarios en Bogotá D.C., Soacha o Gachancipá", pág. 1, obrante en el Cuaderno No. 1 del expediente, folio 53.

⁶⁹ Documento "Tarifa de suministro y acceso para adquirentes de agua que atienden usuarios en Bogotá D.C., Soacha o Gachancipá", pág. 2, obrante en el Cuaderno No. 1 del expediente, folio 54.

⁷⁰ Documento "Tarifa de suministro y acceso para adquirentes de agua que atienden usuarios en Bogotá D.C., Soacha o Gachancipá", pág. 5, obrante en el Cuaderno No. 1 del Expediente, folio 55.

Acuerdo 08 de 2008 no justifican la diferenciación de precios frente a los demás prestadores del servicio público domiciliario de acueducto que compran el agua en bloque a la EAAB, pero que no compiten con ésta en el mercado de comercialización.

b) Resolución CRA No. 287 de 2004

La Resolución CRA No. 287 de 2004 establece la metodología tarifaria para regular el cálculo de los costos de prestación tanto de los servicios públicos de acueducto como de alcantarillado. De acuerdo con dicha Resolución, las fórmulas tarifarias para el servicio de acueducto y alcantarillado incluyen un cargo fijo y un cargo por unidad de consumo⁷¹.

En cuanto a la determinación del cargo fijo, se indica en el artículo 3 de la citada Resolución, que será calculado con base en los costos medios de administración (CMA).

Por su parte, según el artículo 4 de la Resolución CRA No. 287, el cargo para todos los rangos de consumo del servicio de acueducto se divide en tres componentes: (i) Costo Medio de Operación y Mantenimiento (CMO); (ii) Costo Medio de Inversión (CMI); y (iii) Costo Medio de Tasas Ambientales (CMT).

De acuerdo con lo indicado en el Capítulo III de la Resolución CRA No. 287 de 2004, el CMO estará determinado por dos componentes, uno particular del prestador y uno definido por comparación entre los prestadores⁷². El CMO particular se determina para el servicio de acueducto en función de los insumos directos de químicos para tratamiento, los costos de energía utilizada para fines estrictamente operativos, e impuestos y tasas clasificados como costos operativos diferentes de las tasas ambientales⁷³. De acuerdo con el párrafo 1 del artículo 13 de la Resolución CRA No. 287, los prestadores que tienen contratos de suministro de agua en bloque, para compra, incluirán en el componente particular de acueducto el costo del suministro el agua en bloque.

En cuanto al costo medio de operación definido por comparación, se indica que éste corresponde al resultante de la aplicación de un modelo de eficiencia comparativa, a partir del cual se reconocen costos eficientes⁷⁴. Vale la pena resaltar que el artículo 23 de la Resolución CRA No. 287 de 2004 establece que los costos totales operativos que se incluirán en el modelo tendrán en cuenta los costos a los que se refiere el artículo 19 (*"especificación de los costos operacionales comparables"*) y los costos de compra de suministro de agua en bloque. En opinión del Despacho, esto implica que la Resolución en mención pretenda regular la tarifa de agua en bloque.

Respecto del cálculo del CMI, establecido en el Capítulo IV, de acuerdo con el artículo 25, se tendrán en cuenta: (i) el valor presente de las inversiones en expansión, reposición y rehabilitación del sistema para la prestación del servicio, de cada actividad del servicio; (ii) la valoración de los activos del sistema a la fecha de cada actividad del servicio; (iii) el valor presente de la demanda proyectada para cada actividad del servicio; y (iv) el Costo Medio de Inversión de terrenos.

⁷¹ Artículo 2 de la Resolución CRA 287 de 2004.

⁷² *Ibíd.* Artículo 12.

⁷³ *Ibíd.* Artículo 13.

⁷⁴ *Ibíd.* Artículo 18, en consonancia con el artículo 87 de la Ley 142 de 1994.

El párrafo del artículo 25 establece que todas las personas prestadoras del servicio deberán desagregar su CMI por actividades en los términos del numeral 14.22 del artículo 14 de la Ley 142 de 1994. Así, de acuerdo con el mencionado numeral, en donde se define el servicio público domiciliario de acueducto, las actividades complementarias a las que también se les aplicará la Ley 142, son la captación de agua y su procesamiento, tratamiento, almacenamiento, conducción y transporte.

Finalmente, en el Capítulo V se establecen los criterios para el cálculo del CMA; el artículo 37 señala que la referencia para determinar el componente de tasas ambientales para el servicio de acueducto será la normatividad ambiental, en relación con las tasas de uso de agua.

El Capítulo VI de la Resolución CRA No. 287 de 2004 señala los criterios y metodologías de costos y tarifas para las personas prestadoras de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado con menos de 2500 suscriptores. Específicamente, respecto del cálculo del CMO establece que los prestadores pueden optar por aplicar las disposiciones consignadas en el capítulo III de la misma Resolución o aplicar una fórmula en la que se incluye la sumatoria de los costos de operación, los metros cúbicos producidos y el nivel máximo aceptable de pérdidas definido por la CRA (p*)⁷⁵.

Dentro de la sumatoria de los costos de operación se incluyen todos los gastos de operación en que incurre el prestador en los diferentes procesos en el año base, corregidos con parámetros de eficiencia definidos por la CRA. Los gastos que se incluyen son: (i) personal de operación y mantenimiento (sueldos, horas extras y prestaciones); (ii) energía; (iii) químicos; (iv) talleres para mantenimiento eléctrico y mecánico; (v) equipos, herramientas menores, equipos de oficina; (vi) almacén de repuestos; (vii) contratos de operación y mantenimiento con terceros; (viii) valor del suministro de agua en bloque; y (ix) otros costos relacionados con procesos operativos.

c) Resolución CRA No. 421 de 2007

Por medio de la Resolución CRA No. 421 de 2007, la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento resolvió la actuación administrativa iniciada mediante la Resolución CRA No. 404 de 2006, tendiente a determinar la posibilidad de imponer una servidumbre de acceso de interconexión a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá EAAB – E.S.P. a favor de COOPJARDÍN S.A. E.S.P.

Con base en la información recaudada, la CRA no encontró ninguna restricción de naturaleza técnica que impidiera, garantizando la calidad del servicio, que COOPJARDÍN pudiera acceder a los dos puntos solicitados y decidió imponer servidumbre de acceso a cargo de la EAAB, a favor de la solicitante, en la red de Tibitoc – Casablanca.

En el testimonio practicado al señor Luis Fernando del Santo Ángel de Valdenebro Bueno, representante legal de EMAR, éste afirma que el propósito de la Resolución No. 421 de 2007 tiene efectos exclusivos para EMAR:

"Apoderado EAAB: Conoce usted el contenido de la Resolución 421 de 2007 de la CRA?"

⁷⁵ Ibid. Artículo 39.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

Respuesta: Esa Resolución le ordenó a la Empresa de Acueducto a entregarnos dos puntos adicionales de agua.

Apoderado EAAB: Esa orden que usted dice que la CRA le impuso al Acueducto, fue algo que fue solicitado por su empresa?

Respuesta: Si señor.

Apoderado EAAB: Y cuál era el propósito de obtener esa orden que técnicamente es una servidumbre que se le impone a la Empresa de Acueducto?

Respuesta: La obligación de las ciudades, según el artículo 365 de la Constitución transcrito aquí por la Comisión, dice que es deber del Estado asegurar la prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. Entre tanto los prestadores de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado están obligados a cumplir la normatividad vigente. Y en el artículo 5, en la parte 5 dice, asegurar que se preste a todos sus habitantes, de manera eficiente los servicios domiciliarios. Yo, cuando tengo un sólo acceso a la tubería matriz del acueducto, un solo punto para surtirme de agua y de ese punto estoy atendiendo un área muy grande, porque es casi toda rural, si tengo un daño en la tubería inmediatamente todo el mundo se queda sin agua, tengo que cortar el servicio para poder hacer una reparación, entonces en ingeniería se construyen anillos o redes, mallas, entonces en la ciudad de Bogotá por todas las cuadras hay tubos y hay válvulas, si se daña un tubo aquí yo puedo aislar un sector y el resto de los ciudadanos continúan con el agua, entonces yo tengo un acceso al agua en la calle 222 y estoy atendiendo gente desde la calle 200 hasta el límite norte de Bogotá, entonces desde que se hizo la conciliación en la CRA en el año 2003, que me dijeron usted puede ampliar su red sin restricción geográfica, dije yo, me voy a quedar con problemas, hoy en día la gente tiene agua nuestra porque cuando yo hice el primer, el diseño de la red para el sector nuestro, pues yo con 3 pulgadas tenía para atender a todo el mundo, pero yo dije, si yo tengo una tienda con 60 clientes, cuánto va a durar mi tienda, entonces yo metí un tubo así de grande, y tengo gente muy lejos que recibe el agua nuestra, pero cuando se daña el tubo, todo el mundo se queda sin agua, entonces le dije al acueducto, por favor deme un punto más aquí y otro punto más aquí para poder cubrir el sector que ya estoy atendiendo en forma eficiente conforme lo dice la Ley y que lo debería hacer el Estado, por sí o por medio de particulares se puede prestar el servicio, entonces el Acueducto ni siquiera contestó, entonces recurrí a la CRA y la CRA impuso servidumbre de acceso a la Empresa de Acueducto a favor nuestro en la Resolución que menciona el Doctor, que hasta ahora, desde el año 2007 hasta el 2011 no se cumple, restringiendo también el servicio nuestro.⁷⁶

En cuanto a la remuneración por el acceso a la red, señala la Resolución que ésta será la resultante de aplicar los lineamientos indicados en el Parágrafo del artículo 25 de la Resolución CRA No. 287 de 2004, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 91 de la Ley 142 de 1994⁷⁷ los cuales instan a los prestadores a desagregar sus costos medios de inversión por cada actividad de la cadena productiva.

⁷⁶ Cuaderno No. 3 del expediente, CD obrante a folio 614, minuto 38.

⁷⁷ El artículo 91 de la Ley 142 de 1994 determina que para establecer las fórmulas de tarifas se calculará por separado, cuando sea posible, una fórmula para cada una de las diversas etapas del servicio.

Así, en opinión del Despacho, al separar los costos de cada una de las actividades de la cadena productiva, no hay razón para que el cargo de acceso a la red que cobre una empresa integrada verticalmente para suministrarle agua en bloque a un comercializador del servicio, incluya los costos asociados a la distribución y comercialización de dicha agua. La empresa que suministre el servicio deberá cobrar los costos que le supone llevar el agua potable hasta el punto en el que se la entregue al comercializador, pero que no incluyen costos de comercialización. El comercializador, por su parte, además de los costos de adquirir el agua en bloque, deberá incluir en su fórmula tarifaria los costos de distribución y comercialización del agua potable al usuario final.

Adicionalmente, para el Despacho es claro que la expedición de la Resolución CRA No. 421 de 2007 estaba orientada a regular la situación que se generaría como consecuencia de conceder a COOPJARDIN dos nuevos puntos de acceso en la red de la EAAB, y determinar que ésta podría cobrar a COOPJARDIN el acceso a dichos nuevos puntos.

De acuerdo con lo anterior, es evidente que la Resolución CRA No. 421 de 2007 es un acto administrativo de carácter particular que solamente le aplica a la empresa COOPJARDIN, por la que no resulta aceptable que la EAAB lo extrapole a los demás casos de los comercializadores existentes que compran agua en bloque a la EAAB (EMAR), e incluso a cualquier nuevo comercializador, y con base en ella diseñe un nuevo esquema tarifario para EMAR y COOPJARDIN, justificado a través del Acuerdo No. 008 de 2008.

d) Consideraciones del Despacho frente al Acuerdo No. 08 de 2008:

Teniendo en consideración los apartes anteriores en los que se resumieron los principales puntos del documento de justificación del Acuerdo 08 de 2008 y de las Resoluciones No. 287 y No. 421 expedidas por la CRA, el Despacho pasa a exponer las razones por las que no resultan de recibo los fundamentos que utilizó la EAAB para expedir el Acuerdo 08 de 2008.

En primer lugar, se debe aclarar que el propósito de la Resolución CRA No. 287 de 2004 fue el de establecer una metodología tarifaria para regular el cálculo de los costos de prestación de los servicios de acueducto y alcantarillado. En este sentido, es claro que dicha Resolución está dirigida a los prestadores del servicio público domiciliario de acueducto y/o alcantarillado, incluyendo tanto los grandes prestadores como aquéllos que solamente sirven a una población de menos de 2500 usuarios. Así, es claro que la Resolución CRA No. 287 de 2007 es aplicable tanto a la EAAB como a EMAR, COOPJARDIN y los demás prestadores del nivel nacional.

Por ello, no entiende este Despacho por qué la EAAB, de manera unilateral, consideró que la aplicación de los lineamientos de la Resolución CRA No. 287 de 2004 por parte de EMAR y COOPJARDIN les estaría dando una ventaja frente a la EAAB, porque no les obligaría a incluir los costos medios de operación en las tarifas aplicables a sus usuarios finales. La EAAB, En lugar de manifestar esta supuesta falla a la CRA, autoridad regulatoria, decidió aplicar directamente una solución para corregir dicho problema al cobrarles a EMAR y a COOPJARDIN la tarifa de suministro de agua en bloque como si fueran usuarios finales del servicio público domiciliario.

Con esto, la EAAB implícitamente está manifestando que la Resolución CRA No. 287 de 2004 quedó mal diseñada, o que EMAR y COOPJARDIN no la están aplicando, cualquiera

de las cuales son afirmaciones bastante fuertes, y que en opinión del Despacho no son motivadas.

Además, no es claro por qué la EAAB justifica el Acuerdo 08 de 2008 en los lineamientos de la Resolución CRA No. 287, cuando es claro que ésta aplica para la prestación del servicio público domiciliario de acueducto (y de alcantarillado) y el agua en bloque no lo es. Por el contrario, existen numerosas pruebas en el expediente que dan claridad acerca de que el régimen legal aplicable a los contratos de suministro de agua en bloque no es el de los servicios públicos sino el régimen comercial ordinario para los negocios jurídicos no regulados. Cabe aclarar que este Despacho no cuestiona el monto del aumento de las tarifas de suministro de agua en bloque, que puede ser acordado libremente por las partes, sino la forma en la que se le dio una aplicación discriminatoria únicamente a aquellas empresas que competían directamente con la Investigada en la comercialización del servicio público de acueducto.

En segundo lugar, tampoco es claro para el Despacho por qué la EAAB extiende los posibles efectos de una resolución de carácter particular, como lo es la Resolución CRA No. 421 de 2007, a otros comercializadores como EMAR y en consecuencia decide aplicarle una tarifa de agua en bloque como la que surgió del Acuerdo 08 de 2008. Pero aun aceptando que la aplicación generalizada de una resolución de carácter particular es válida, no se entiende la razón por la que la misma no fue aplicada a los prestadores de servicio de acueducto que no eran competidores directos de la EAAB, circunstancia que es la que genera las condiciones de venta diferentes.

De otra parte, este Despacho considera que la solución planteada por la EAAB al aplicar las tarifas del suministro de agua en bloque a EMAR y COOPJARDIN como si fueran usuarios finales de estrato 4 es inapropiada, por cuanto confunde a una empresa con la que tiene una relación netamente comercial como si fuera un usuario final del servicio público domiciliario de acueducto, que, como se ha insistido, se regulan a través de marcos legales diferentes.

Si la EAAB pretendía darle un trato de usuario final a EMAR y COOPJARDIN, se equivoca pues les estaría trasladando todos los costos que implica la prestación del servicio público domiciliario de acueducto cuando no es ese el servicio que les está prestando, sino simplemente el de suministro de agua en bloque, que no implica costo alguno de distribución y comercialización.

Por todo lo anterior, el Despacho coincide con la postura de la Delegatura en el sentido que el Acuerdo 08 de 2008 se elaboró para que las altas tarifas de suministro de agua en bloque cobradas a EMAR y COOPJARDIN, condujeran finalmente a su salida del mercado, y en consecuencia se redujera la competencia en el mercado de prestación del servicio público domiciliario de acueducto al imponer barreras a la entrada del mismo.

11.6.4. Sobre la infracción al artículo 1 de la Ley 155 de 1959

El Despacho comparte la conclusión de la Delegatura en el Informe Motivado respecto de que la EAAB infringió lo dispuesto en la prohibición contenida en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959; no obstante, considera que tal disposición contempla tres y no dos conductas contrarias a la competencia:

- (i) "Los acuerdos *"que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros"*.
- (ii) "*Las prácticas y procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia"*
- (iii) "*Las prácticas y procedimientos o sistemas tendientes a "mantener o determinar precios inequitativos"*

Para el presente caso, se debe analizar si la EAAB desarrolló "*prácticas y procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia*", razón por la que se debe determinar si la conducta desplegada por la EAAB era tendiente a afectar la libre competencia.

Al respecto, se considera que al establecer aumentos superiores al 90% en las tarifas de suministro de agua en bloque a sus competidores en el servicio público domiciliario de acueducto, y al imponer barreras artificiales consistentes en elevados costos de suministro de un insumo básico para la prestación de dicho servicio, la EAAB llevó a cabo una conducta en el mercado del servicio de suministro de agua en bloque, que tenía como objeto limitar o eliminar la competencia en el mercado del servicio público domiciliario de acueducto.

En este sentido, es claro que contrario a lo que afirma el Apoderado, el aumento de las tarifas de suministro de agua en bloque impuesto solo a aquellos comercializadores que eran sus competidores, inducía la salida del mercado de los participantes actuales e imponía barreras artificiales a la entrada que desincentivaban la entrada de nuevos competidores.

11.7. RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS NATURALES

Este Despacho considera que no hay lugar a imponer sanción alguna al señor Luis Fernando Ulloa Vergara por cuanto no obra en el expediente prueba alguna que señale la responsabilidad de éste dentro de la comisión de la práctica anticompetitiva realizada por la EAAB, y porque además el señor Ulloa fue posesionado como Gerente General de la EAAB el 8 de julio de 010, con posterioridad al desarrollo, expedición y aplicación del acuerdo de junta directiva 08 de 2008.

11.8. DOSIFICACIÓN DE LA SANCIÓN

De acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, norma vigente para la época de los hechos, el Superintendente de Industria y Comercio podrá imponer sanciones pecuniarias hasta por dos mil (2.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, a las empresas infractoras de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que se refiere el citado decreto.

A su vez, el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 establece la facultad del Superintendente de Industria y Comercio para imponer a los administradores, directores, representantes legales, revisores fiscales y demás personas naturales que autoricen, ejecuten o toleren conductas violatorias de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, multas de hasta trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes en el momento de la imposición de la sanción.

"Por la cual se imponen unas sanciones"

En el caso concreto, se ha establecido que: (i) la EAAB trasgredió con su comportamiento la prohibición general contenida en el artículo 1° de la Ley 155 de 1955 de incurrir en prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia, y (ii) que ese comportamiento se adecúa a lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, que establece que 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 se constituye en un abuso de la posición dominante.

El presente caso reviste una especial importancia si se tiene en cuenta que, de conformidad con el artículo 4 de la Ley 142 de 1994, el servicio público domiciliario de acueducto es un servicio público esencial y que su prestación, según el numeral 2.4 del artículo 2 de la misma Ley, debe ser continua e ininterrumpida, sin excepción alguna salvo cuando existan razones de fuerza mayor o caso fortuito o de orden técnico o económico.

Teniendo en cuenta que el monto de las ventas de agua en bloque de la EAAB para 2010 fue de \$ 20.712.585.439,00⁷⁸, y de este monto, \$ 737.530.820,00 correspondió a las ventas a EMAR y COOPJARDIN⁷⁹, se tiene que éstas representaron aproximadamente el 3% de las ventas de agua en bloque de la EAAB.

Quedó demostrado que la EAAB ostenta posición de dominio en el mercado del servicio de suministro de agua en bloque y que con la aplicación de las tarifas establecidas en el Acuerdo No. 08 de 2008 la investigada abusó de dicha posición. No obstante lo anterior, este Despacho reconoce que al retractarse la EAAB del cobro de dichas tarifas a EMAR y COOPJARDIN, estas últimas empresas no trasladaron el incremento en su tarifa de compra de agua en bloque a los usuarios finales, por lo cual la conducta no tuvo efectos sobre estos. Adicionalmente, es importante tener en cuenta que la EAAB no tiene ningún tipo de antecedentes en materia de infracciones al régimen de protección de la competencia.

Con base en las anteriores consideraciones, este Despacho encuentra procedente imponer a la EAAB, la multa de TRESCIENTOS DIEZ MILLONES SEICIENTOS SESENTA Y OCHO MIL SETECIENTOS OCHENTA Y UN PESOS (\$310.668.781.00), que equivale al 1,5% de las ventas totales de agua en bloque de la EAAB para 2010, lo cual corresponde a un 27,4% de la multa máxima aplicable de acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992.

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

⁷⁸ Cálculos de la SIC con base en Información suministrada por la EAAB, Cuaderno No. 2 del Expediente, CD obrante a folio 413.

⁷⁹ Cálculos de la SIC con base en información suministrada por la EAAB, Cuaderno No. 2 del Expediente, CD obrante a folio 413

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: Declarar que la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P, con Nit 899.999.094-1, contravino lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el numeral 4 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992.

ARTÍCULO SEGUNDO: Imponer una sanción pecuniaria a la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P por la suma de TRESCIENTOS DIEZ MILLONES SEICIENTOS SESENTA Y OCHO MIL SETECIENTOS OCHENTA Y UN PESOS (\$310.668.781.00).

PARÁGRAFO: El valor de la sanción pecuniaria que por esta resolución se impone, deberá consignarse en efectivo o en cheque de gerencia en el Banco de Bogotá, Cuenta Corriente No. 062-754387, a nombre de la Superintendencia de Industria y Comercio – Formato de Recaudo Nacional, Código de referencia para pago No. 03. En el recibo deberá indicarse el número del expediente y el número de la presente resolución. El pago deberá acreditarse ante la pagaduría de esta Superintendencia, con el original de la consignación, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta resolución.

Vencido el término de pago aquí establecido se causarán intereses moratorios a la tasa del 12% anual, liquidados por días en forma proporcional, lo que le generará un saldo en su contra, por ello, resulta de suma importancia acercarse a la Dirección Administrativa y Financiera a efectos de que se efectúe dicha liquidación.

ARTÍCULO TERCERO: Declarar que el señor LUIS FERNANDO ULLOA VERGARA identificado con cédula de ciudadanía No. 73.080.742 de Cartagena, quien se desempeñaba como Gerente General de la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P para la época de la apertura de investigación, no toleró, ejecutó, autorizó o colaboró con las conductas de que trata el artículo primero, no incurriendo en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992

ARTÍCULO CUARTO: Ordenar a la empresa sancionada, en aplicación del artículo 17 de la Ley 1340 de 2009, que, ejecutoriada la presente decisión, realice la publicación del siguiente texto en un diario de amplia circulación nacional:

"Por instrucciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ –E.S.P.- informa que:

Mediante Resolución expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio, se impuso una sanción en contra de EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ –E.S.P.-, por haber infringido lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el numeral 4 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 al ejercer un abuso de posición dominante en el mercado del servicio de suministro de agua en bloque.

Lo anterior, en cumplimiento del artículo 17 de la Ley 1340 de 2009."

RESOLUCIÓN NÚMERO ~~53-9-9-2~~ DE 2012 Hoja N°. 48

"Por la cual se imponen unas sanciones"

ARTÍCULO QUINTO: Notificar personalmente el contenido de la presente resolución al doctor CARLOS EDUARDO MEDELLÍN BECERRA, apoderado la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P. y de su ex representante legal el señor LUIS FERNANDO ULLOA VERGARA, entregándole copia de la misma e informándole que en su contra procede el recurso de reposición ante el Superintendente de Industria y Comercio, que se podrá interponer dentro de los 5 días siguientes a su notificación.

ARTÍCULO SEXTO: Una vez en firme la presente decisión, PUBLÍQUESE en la página Web de la Entidad.

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los **14 SEP 2012**

El Superintendente de Industria y Comercio


JOSÉ MIGUEL DE LA CALLE RESTREPO

Proyectó: Carolina Liévano ^{CLL}
Angela María Noguera ^{AMN}

Revisó: Carolina Salazar Holguín ^{CSH}

NOTIFICACIONES:

Doctor

CARLOS EDUARDO MEDELLÍN BECERRA

C.C. N° 19.460.352 de Bogotá

T.P. N° 96623 del C.S. de la J.

Apoderado

EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P

LUIS FERNANDO ULLOA VERGARA

Calle 33 # 6B - 24 Piso 7

Teléfono: 3400280

Bogotá D.C.