



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

RESOLUCIÓN **№ 4 1 5 1 1** DE 2019

(**0 2 SEP 2019**)

"Por la cual se resuelven un recurso de reposición"

Radicación: 15-177343

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

En ejercicio de facultades legales, y en especial las previstas en el numeral 34 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011, y

CONSIDERANDO

PRIMERO: Que mediante la Resolución No. 21191 del 14 de junio de 2019 la Superintendencia de Industria y Comercio estableció que la **EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P.** (en adelante "**EAB**") incurrió en la responsabilidad prevista en el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, al omitir acatar en tiempo una orden impartida por la Superintendencia de Industria y Comercio.

En virtud de lo anterior, el Despacho impuso a la **EAB** una multa de **DIEZ MILLONES SETECIENTOS SESENTA Y CINCO MIL QUINIENTOS OCHO PESOS (\$10.765.508.00)**, equivalentes a **TRECE SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES (13 SMMLV)**. Esta sanción correspondió al 0,0003% del patrimonio líquido de la empresa a 2017 y al 0,001% de sus ingresos operacionales del mismo año. Asimismo, la sanción fue del 0,01% de la multa máxima aplicable, de acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009.

SEGUNDO: Que una vez notificada de la Resolución No. 21191 de 2019, y dentro del término legal, la **EAB** interpuso recurso de reposición contra dicho acto administrativo y solicitó su revocatoria¹. Lo anterior, sobre la base de los siguientes argumentos:

- La Resolución No. 21191 de 2019 vulneró el principio de legalidad porque esta Superintendencia no tiene competencia para imponer la sanción allí consignada. En efecto, la facultad de imponer multas se encuentra limitada a las infracciones que se prueben al régimen de protección a la libre competencia. Sin embargo, en este caso no hay norma que establezca o fije taxativamente sanción alguna ante el incumplimiento del artículo 17 de la Ley 1340 de 2009, modificado por el artículo 156 del Decreto 19 de 2012². Por lo tanto, esta Superintendencia se habría extralimitado en su facultad sancionatoria, infringiendo así el principio de legalidad.
- Al momento de sancionar ya había operado el fenómeno de la caducidad. En efecto, de conformidad con el artículo 52 de la Ley 1437 de 2011, la facultad que tienen las autoridades para imponer sanciones caduca a los tres (3) años de ocurrido el hecho, la conducta y omisión que pudiere ocasionarlas. Así, en el presente caso, la Resolución 21191 de 2019 solo podía hacer uso de su

¹ Folios 52 a 63 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

² "**Artículo 17. Publicación de actuaciones administrativas.** La Superintendencia de Industria y Comercio publicará en su página web las actuaciones administrativas que a continuación se enuncian y además ordenará la publicación de un aviso en un diario de circulación regional o nacional, dependiendo las circunstancias, y a costa de los investigados o de los interesados, según corresponda, en el que se informe acerca de:

1. El inicio de un procedimiento de autorización de una operación de integración, así como el condicionamiento impuesto a un proceso de integración empresarial. En el último caso, una vez en firme el acto administrativo correspondiente.

2. La apertura de una investigación por infracciones a las normas sobre protección de la competencia, así como la decisión de imponer una sanción, una vez en firme los actos administrativos correspondientes.

3. Las garantías aceptadas, cuando su publicación sea considerada por la autoridad como necesaria para respaldar el cumplimiento de los compromisos adquiridos por los interesados".

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

facultad sancionatoria respecto de hechos ocurridos a partir del 2 de junio de 2016 –teniendo en cuenta la fecha en la que fue notificada personalmente– y no respecto hechos acaecidos con anterioridad.

- En la Resolución No. 21191 de 2019 no se hizo un análisis que estableciera explícitamente la forma en que se fijó la cuantía de la multa. El Despacho indicó que la conducta de la **EAB** no generó un impacto negativo sobre algún mercado y sin embargo es evidente que la multa resultó excesiva.
- Al imponer la sanción establecida en la Resolución No. 21191 de 2019, la Superintendencia de Industria y Comercio vulneró el principio *non bis in idem*, infringiendo así el derecho al debido proceso de la **EAB**, por cuanto los fundamentos de la Resolución Sancionatoria y de la Resolución No. 21191 de 2019 son los mismos.

TERCERO: Que de conformidad con el artículo 80 de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), este Despacho procede a resolver los recursos de reposición interpuestos por los investigados, dando respuesta a los argumentos presentados por el impugnante.

3.1. Consideraciones del Despacho frente a los argumentos relacionados con la vulneración del principio de legalidad

La **EAB** señaló que la Resolución No. 21191 de 2019 vulneró el principio de legalidad porque esta Superintendencia no tiene competencia para imponer la sanción allí consignada, en tanto no existe norma que establezca o fije taxativamente sanción alguna ante el incumplimiento del artículo 17 de la Ley 1340 de 2009 modificado por el artículo 156 del Decreto 19 de 2012.

Al respecto, el Despacho resalta que el artículo 6 de Ley 1340 establece que la Superintendencia de Industria y Comercio *"impondrá las multas y adoptará las demás decisiones administrativas por infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia, así como en relación con la vigilancia administrativa del cumplimiento de las disposiciones sobre competencia desleal"*.

Por su parte, el artículo 17 de la Ley 1340 de 2009 señala que esta Superintendencia *"ordenará la publicación de un aviso en un diario de circulación regional o nacional (...) la decisión de imponer una sanción, una vez en firme los actos administrativos correspondientes"*.

Finalmente, el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, ordena a esta Superintendencia

"[p]or violación de cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia, incluidas la omisión en acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que imparta, la obstrucción de las investigaciones (...) imponer, por cada violación y a cada infractor, multas a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio hasta por la suma de 100.000 salarios mínimos mensuales vigentes o, si resulta ser mayor, hasta por el 150% de la utilidad derivada de la conducta por parte del infractor".

Para efectos de graduar la multa, se tendrán en cuenta los siguientes criterios (...)".
(Subrayado y negrillas fuera de texto).

Así las cosas, para el Despacho es evidente que la sanción ante el incumplimiento del artículo 17 de la Ley 1340 de 2009, modificado por el artículo 156 del Decreto 19 de 2012, está consagrada en el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009. Por lo tanto, el Despacho rechazará este argumento.

3.2. Sobre los argumentos relacionados con la caducidad de la facultad sancionatoria

La **EAB** consideró que al momento de la imposición de la sanción ya había operado el fenómeno de la caducidad. Así, argumentó que, de conformidad con el artículo 52 de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -CPACA-), la facultad que tienen las autoridades para imponer sanciones caduca a los tres (3) años de ocurrido el hecho, la conducta y omisión que pudiere ocasionarlas. Por consiguiente, en el presente caso, la Superintendencia de Industria y Comercio solo podía hacer uso de su facultad sancionatoria respecto de hechos ocurridos a partir del 2 de junio de 2016 –basado en la fecha en la que la empresa fue notificada personalmente– y no respecto hechos acaecidos con anterioridad.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

En otras palabras, con su argumentación la **EAB** afirmó que para este caso aplica la caducidad de tres (3) años señalada en el artículo 52 del CPACA y no la de cinco (5) años prevista en el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009.

Al respecto, el Despacho considera que la norma precisamente aludida por la **EAB** no podría ser más clara respecto a que la norma aplicable es la de la caducidad de cinco (5) años establecida en el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009. En efecto, dicha disposición señala lo siguiente:

*"Artículo 52. Caducidad de la facultad sancionatoria. **Salvo lo dispuesto en leyes especiales**, la facultad que tienen las autoridades para imponer sanciones caduca a los tres (3) años de ocurrido el hecho, la conducta u omisión que pudiere ocasionarlas, término dentro del cual el acto administrativo que impone la sanción debe haber sido expedido y notificado (...)"*.
(Subrayado y negrilla fuera de texto)

Así, y teniendo en cuenta que la ley especial en materia de libre competencia económica aplicable para el caso es la Ley 1340 de 2009, y que la misma es explícita respecto de la caducidad de la facultad sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio, para el Despacho es claro que la norma aplicable es su artículo 27 el cual dispone que la caducidad sea de 5 años. Por lo tanto, el Despacho también desestimará este argumento de la investigada.

3.3. Sobre los argumentos relacionados con el monto de la multa impuesta por la Superintendencia

Para la **EAB**, la Superintendencia de Industria y Comercio no indicó de manera explícita la forma cómo fijó la cuantía de la multa. Agregó que la misma resultó excesiva toda vez que la misma Entidad manifestó que la conducta no había tenido impacto en ningún mercado.

En primer lugar, el Despacho debe advertir que uno de los objetivos que persigue con la imposición de multas es lograr un efecto disuasorio y preventivo, con el fin de que tanto los individuos como las personas jurídicas que participan en el mercado se vean disuadidos de infringir la ley. En esta medida, no entiende el Despacho cómo una multa que no equivale ni al 0,01% de los ingresos operacionales ni del patrimonio de una empresa como la **EAB**, que ha infringido sistemáticamente a lo dispuesto en el régimen de protección de la libre competencia en Colombia, puede resultar desproporcionada o excesiva.

Adicionalmente, no es cierto que esta Superintendencia no haya indicado la forma como calculó dicha multa pues fue justamente que, basándose en los criterios previstos en el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, que se graduó la sanción impuesta a la **EAB**, en su condición de infractor del régimen de libre competencia. Ahora bien, en este punto, es pertinente reiterar lo señalado en anteriores decisiones³, al precisar que estos criterios, no son una lista exhaustiva para la totalidad de los casos, ya que los mismos deben ser utilizados dependiendo de si las particularidades de cada caso permiten o no su aplicación⁴. Así, el hecho de que un criterio como el de impacto de la conducta en el mercado no resulte aplicable en el presente caso, no desdibuja el análisis juicioso realizado por el Despacho al momento de dosificar la sanción.

Esta interpretación ha sido avalada por la jurisprudencia administrativa⁵ al analizar un alegato similar al presentado por el recurrente en esta sede. Al respecto, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca consideró que:

*"De la norma transcrita [numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009] se deriva que **para imponer una sanción de multa a las personas jurídicas deben tenerse en cuenta siete criterios**, a saber: (i) el impacto que la conducta tenga sobre el mercado; (ii) la dimensión del mercado afectado; (iii) el beneficio obtenido por el infractor de la conducta; (iv) el grado de participación del implicado; (v) la conducta procesal de los investigados; (vi) la cuota de mercado de la empresa infractora; y (vii) el patrimonio del infractor; **lo que no implica que necesariamente deban concurrir los siete elementos de que se trata en un caso determinado**.*

³ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 66934 de 2013.

⁴ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 103652 de 2015.

⁵ Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera. Sentencia del 29 de junio de 2017, Rad. No. 25000234100020150032600.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

(...)

También se debe indicar que el monto de la multa impuesta [/\$1.232.000.000.00] fue proporcionado, pues se ajustó a lo previsto en el inciso primero del artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, en la medida en que correspondió a la gravedad de una conducta claramente obstruccionista de la actuación de la demandada [Superintendencia de Industria y Comercio] y no superó los 100.000 salarios mínimos mensuales vigentes.

(...) (Negrilla y subrayado fuera de texto original).

Por todo lo anterior, los argumentos relacionados con el monto de la sanción impuesta deben ser descartados por improcedentes e infundados.

3.4. Análisis del Despacho respecto a la vulneración del principio *non bis in idem*

La **EAB** consideró que hubo una vulneración al principio de *non bis in idem*, y por lo tanto, al debido proceso de los investigados porque los fundamentos de la Resolución Sancionatoria y de la Resolución No. 44586 de 2014 son los mismos.

Sobre el particular, el Despacho considera que, en tanto los hechos que dieron origen a una y otra sanción no son los mismos, no hay vulneración alguna al principio *non bis in idem* ni al debido proceso. En efecto, mientras que en la Resolución Sancionatoria el fundamento de hecho que originó la sanción fue el haberse negado a entregar la información requerida durante una visita administrativa, en la Resolución aquí recurrida el fundamento de hecho fue la publicación extemporánea del aviso ordenado por esta Superintendencia en la Resolución Sancionatoria.

Así, las cosas, para el Despacho es claro que en el presente caso no acaeció una sanción administrativa por los mismos hechos. En consecuencia, se considera que no hubo vulneración alguna al principio *non bis in idem*, y por ende, al derecho al debido proceso de la investigada. Por lo tanto el Despacho rechazará este argumento de los investigados.

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: CONFIRMAR en todas sus partes la Resolución No. 21191 del 14 de junio de 2019, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente Resolución.

ARTÍCULO SEGUNDO: NOTIFICAR personalmente el contenido de la presente resolución a la **EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P.**, entregándole copia de la misma e informándole que en su contra no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los **02** SEP 2019

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO,


ANDRÉS BARRETO GONZÁLEZ

NOTIFICAR

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

NIT. 899.999.094

Apoderada

YASMIN ZORAIDA GÓMEZ BABATIVA

C.C. 52.494.615

T.P. 120.702 del C.S.J.

Av. Calle 24 No. 37-15, Piso 2, Bogotá D.C. - Dirección de Representación Judicial y Actuación Administrativa