



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

RESOLUCIÓN NÚMERO ( ) DE 2012

67650 - 06 NOV 2012

Radicación: 09-130856

Por la cual se resuelve un recurso de reposición

**EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO**

En ejercicio de sus facultades legales y, en especial de las previstas en los numerales 15 inciso 1 y 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 y en los numerales 13 y 14 del artículo 3 del Decreto 3523 de 2009, modificado por el Decreto 1687 de 2010 y,

**CONSIDERANDO:**

**PRIMERO:** Que mediante Resolución No. 12905 de 11 de marzo de 2011, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia (en adelante "Delegado") ordenó abrir investigación para determinar si la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P. (en adelante "EAAB", "investigada" o "sancionada") 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 investigada, incurrió en los hechos que generan la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992<sup>1</sup>.

**SEGUNDO:** Que el 8 de marzo de 2012 se llevó a cabo la audiencia de descargos establecida en el artículo 155 del Decreto 019 de 2012, en la que los investigados expusieron sus argumentos y las bases de su defensa.

**TERCERO:** Que el 6 de julio de 2012, una vez culminó la etapa probatoria, el Delegado presentó ante el Superintendente de Industria y Comercio (en adelante "Superintendente") el informe motivado con el resultado de la etapa de instrucción<sup>2</sup> (en adelante, "Informe Motivado"). En la misma fecha, como lo prevé el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992<sup>3</sup>, se dio traslado del mencionado informe a las Investigadas.

El Informe Motivado señaló, entre otros aspectos, los siguientes:

Respecto del mercado relevante, el informe señala que existen dos: (i) el mercado de prestación del servicio de acueducto y (ii) el mercado de suministro de agua en bloque, y que aunque el abuso de posición de dominio que se reprocha ocurre en el mercado de

<sup>1</sup> Subrogado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

<sup>2</sup> Cuaderno No. 6 del Expediente, CD obrante a folio 1423.

<sup>3</sup> Modificado por el artículo 155 del Decreto 019 de 2012.

RESOLUCIÓN NÚMERO - 6 7 6 5 0 - DE 2012 Hoja N°. 2

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

suministro de agua en bloque, su objeto y sus efectos se reflejarían en el mercado de prestación del servicio de acueducto en la zona geográfica donde participa la EAAB, y en la cual compite directamente o es competidor potencial de los comercializadores a los que les suministra agua en bloque, en especial a las denunciantes EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO EL RINCÓN EMAR S.A. E.S.P (en adelante "EMAR") y COOPERATIVA DE SERVICIOS PÚBLICOS DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE LA PARCELACIÓN EL JARDÍN LTDA. COOP JARDIN ESP LTDA (en adelante "COOP JARDIN").

La Delegatura concluyó que el servicio de suministro de agua en bloque no tiene sustitutos reales ni potenciales dadas sus características y precios, al menos en el corto plazo. En el mismo sentido delimitó el mercado geográfico a la ciudad de Bogotá y a los municipios de Soacha, Madrid, Funza, Sopó, Cajicá, Tocancipá, La Calera, Chía y Mosquera.

Dada la cuota de participación de la EAAB en el mercado definido de suministro de agua en bloque (100%) y la existencia de barreras de entrada al mismo (restricciones en la disponibilidad de fuentes hídricas, altos costos fijos de inversión inicial en redes, elevados costos de mantenimiento de las redes, economías de escala y costos hundidos) el informe concluye que la Investigada ostenta posición de dominio.

De otra parte, frente al análisis de los elementos que deben existir para que se configure la conducta del numeral 4 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, el informe considera que en el presente caso dichos elementos se cumplen, así: (i) la EAAB tiene posición de dominio en el mercado de suministro de agua en bloque; (ii) con base en el Acuerdo No. 08 de 2008 la EAAB incurrió en diferenciación de precios en la venta de agua en bloque a EMAR y COOP JARDIN como distribuidores y comercializadores que operan en Soacha y Bogotá; y (iii) la conducta de la EAAB, con la expedición del Acuerdo No. 08 de 2008, estaba encaminada a producir efectos restrictivos de la competencia en el mercado de distribución y comercialización de agua potable.

Frente a la contravención a la cláusula general de competencia, el Informe Motivado señaló que la conducta desplegada por la EAAB se configura como una práctica, procedimiento o sistema tendiente a limitar la competencia, dado que: (i) los incrementos tarifarios para el suministro de agua en bloque a los distribuidores y comercializadores de agua potable a usuarios finales en Bogotá y Soacha (EMAR y COOP JARDIN) tenían el propósito de reducir o eliminar la competencia, y (ii) desincentivaban la entrada de nuevas empresas al mercado relevante, al crear barreras artificiales consistentes en elevados costos de suministro de agua en bloque para la prestación del servicio de agua potable a los usuarios finales.

Finalmente, la Delegatura recomendó sancionar a la EAAB teniendo en cuenta las facultades de la Superintendencia y las conductas probadas durante el curso de la investigación, y recomendó no sancionar al señor LUIS FERNANDO ULLOA VERGARA por la conducta imputada, toda vez que no toleró, ejecutó, autorizó o colaboró con el endilgado abuso de posición dominante, teniendo en cuenta que, éste se posesionó en su cargo el 8 de julio de 2010, es decir, con posterioridad al desarrollo, expedición y aplicación del Acuerdo No. 08 de 2008, y una vez cesó el cobro de las tarifas señaladas en dicho Acuerdo.

AW

RESOLUCIÓN NÚMERO - 6 7 6 5 0 - DE 2012 Hoja N°. 3

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

**CUARTO:** Que del Informe Motivado se corrió traslado a los investigados, quienes en sus observaciones manifestaron desacuerdo respecto del análisis de sustituibilidad de la demanda, la definición del mercado relevante y la existencia de posición de dominio por parte de la EAAB, entre otras.

En particular, los investigados manifestaron su desacuerdo con la definición que hizo la Delegatura sobre la existencia de dos mercados relevantes, puesto que no existe como tal un mercado de agua en bloque, sino que existen dos modalidades de suministro de agua potable, una de ellas la modalidad de agua en bloque y la otra el suministro a usuarios finales, pero siempre sobre un mismo producto que es el recurso hídrico.

Respecto del análisis de sustituibilidad de la demanda, los investigados afirmaron que el Informe Motivado era contradictorio, por cuanto no obstante haber reconocido la posibilidad real de que el comprador de agua en bloque acudiera directamente a las fuentes hídricas, así mismo indica 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.

Según el argumento expuesto, 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 consideran que las barreras de entrada a las que se refiere la Delegatura en el Informe Motivado son perfectamente superables.

Sobre las conductas imputadas, se afirma 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, dado que ésta solamente se produjo cuando las partes del contrato de compraventa de agua en bloque se pusieron de acuerdo en el precio, que fue finalmente aquel que se venía cobrando antes de la expedición del Acuerdo; y (ii) que haya sido con la intención de disminuir o eliminar la competencia en el mercado, puesto que la motivación del Acuerdo 08 de 2008 fue la Resolución CRA 421 de 2007, la cual imparte una instrucción precisa a la empresa para que fije la tarifa de acceso a la red, así como la Resolución CRA 287 de 2004.

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.

**QUINTO:** 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, y posteriormente el Superintendente profirió la Resolución No. 53992 de 14 de septiembre de 2012, en la que decidió que la EAAB infringió lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 e incurrió en la prohibición contenida en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 imponiéndole una sanción pecuniaria. Respecto al señor LUIS FERNANDO ULLOA VERGARA, consideró el Superintendente que aquel no incurrió en los hechos que

*AW*

RESOLUCIÓN NÚMERO - 6 7 6 5 0 - DE 2012 Hoja N°. 4

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

generan la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992<sup>4</sup>. En efecto, dice la resolución:

**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 (sic) SESENTA Y OCHO MIL SETECIENTOS OCHENTA Y UN PESOS (\$310.668.781.00).

(...)

**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.

A continuación se resumen los argumentos que llevaron al Despacho a concluir que la EAAB infringió lo dispuesto en la prohibición contenida en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y en el numeral 4 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992:

### 5.1. Cadena del agua potable y suministro de agua en bloque

Tras una descripción general de la cadena del agua potable y la regulación que le es aplicable, la Resolución No. 53992 del 14 de septiembre de 2012 señala que, toda vez que para prestar el servicio público domiciliario de acueducto al usuario final la actividad central es la comercialización de agua potable, existen empresas prestadoras de este servicio que no realizan las actividades complementarias sino que adquieren el agua de una empresa prestadora del servicio que sí realiza dichas actividades, lo cual, según el numeral 3.45 del Decreto 229 de 2002<sup>5</sup> es conocido como el servicio de agua en bloque.

En el suministro de agua en bloque no existe una relación empresa-usuario en los términos de la Ley 142 de 1994, ni están regulados por ésta y en consecuencia el suministro de agua en bloque es un negocio jurídico de naturaleza comercial.

La mencionada resolución explica la forma como se da el suministro de agua en bloque por parte de la EAAB a EMAR y COOP JARDIN, así como la naturaleza de las relaciones contractuales entre ellos, y las que éstos tienen con los usuarios finales: (i) la EAAB es por una parte prestadora del servicio público domiciliario de acueducto a usuarios finales (actividad regulada por las normas de servicios públicos), y por otra, es un agente que celebra un contrato de suministro de agua en bloque con un distribuidor y

<sup>4</sup> Subrogada por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

<sup>5</sup> 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."

AM

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

comercializador, contrato éste que se rige por las normas de derecho comercial; (ii) EMAR y COOP JARDIN celebran un contrato de suministro de agua en bloque con la EAAB que se rige por las normas de derecho comercial, mientras que, con el agua adquirida, en su calidad de prestadores del servicio público domiciliario de acueducto, llevan agua potable a los usuarios finales, relación que se rige por la normatividad aplicable a los servicios públicos domiciliarios.

Indica que en el caso en cuestión, el suministro de agua en bloque a EMAR y COOP JARDIN ocurrió debido a la demanda por el servicio público domiciliario de acueducto en zonas no atendidas por la EAAB y en las cuales estos distribuidores y comercializadores estaban dispuestos a prestar el servicio público domiciliario.

Posteriormente, señala los principios tarifarios de libertad regulada que rigen para el servicio público domiciliario de acueducto. En cuanto a las tarifas del servicio de suministro de agua en bloque, se indica que este servicio no se encuentra regulado por la CRA.

## **5.2. Mercado relevante y sustituibilidad del suministro de agua en bloque**

Teniendo en cuenta lo anterior, se definen dos mercados relevantes: (i) el de prestación del servicio público domiciliario de agua potable y (ii) el mercado de suministro de agua en bloque, que está contenido dentro del primero, y que fue en el que tuvieron lugar las conductas investigadas. Respecto del mercado geográfico, el Despacho se reitera que éste corresponde a la ciudad de Bogotá y a los municipios de Soacha, Madrid, Funza, Sopó, Cajicá, Tocancipá, La Calera, Chía y Mosquera.

En relación con la sustituibilidad del suministro de agua en bloque, el Despacho reconoce que existen fuentes alternativas de agua de las que podrían abastecerse los comercializadores que prestan el servicio, sin embargo, considera que existen barreras de entrada para acceder a esas fuentes de agua, que dificultan en el corto plazo que los comercializadores que prestan el servicio puedan obtener el agua de otras fuentes. Manifiesta que dichas barreras llevan a que los comercializadores de agua potable tengan una demanda altamente inelástica por el insumo y terminen aceptando el cambio de precios.

Por último, se rechaza el argumento de las investigadas en relación con que la conclusión sobre la inexistencia de sustituibilidad en el corto plazo, genera o incentiva la aparición de comercializadores de agua potable que para prestar sus servicios se aprovecharían de la infraestructura de la EAAB sin incurrir en tantos costos. Además insiste en que el análisis que se realiza en el presente caso parte del hecho de que un competidor actual que tiene el compromiso de prestar el servicio público domiciliario de acueducto a usuarios finales, se ve enfrentado a un aumento en el precio del agua en bloque.

## **5.3. Posición de dominio de la EAAB en los mercados relevantes**

Respecto de la posición de dominio de la EAAB en los mercados relevantes, se señala que debe aplicarse la norma de carácter especial de servicios públicos (Ley 142 de 1994) que establece que una empresa de servicios públicos tiene posición dominante cuando sirve el 25% o más de los usuarios que conforman el mercado. De acuerdo con lo anterior, se concluye que la EAAB sí ostenta posición de dominio en el servicio público

AN

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

domiciliario de acueducto en Bogotá y Soacha (municipios en donde compite con EMAR y COOP JARDIN), ya que tiene una participación superior al referido 25%. El Despacho también encontró que la EAAB ostenta posición de dominio en el mercado de agua en bloque.

En cuanto a la fijación de tarifas que hacen los municipios a los usuarios finales, manifiesta el Despacho que, si bien comparte lo señalado por el apoderado sobre que los municipios fijan sus tarifas 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, pues la metodología establecida en la Resolución CRA 287 de 2004, 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 del agua en bloque.

#### **5.4. Conductas imputadas a los investigados**

Respecto de las conductas imputadas a los investigados, el Despacho concluyó en el acto administrativo recurrido, que la EAAB sí tiene posición de dominio en el mercado de suministro de agua en bloque y que la conducta señalada en el numeral 4 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 es aplicable al caso investigado. Señaló que la venta de agua en bloque se llevó a cabo y que las tarifas aplicables en virtud del Acuerdo No. 08 de 2008 fueron discriminatorias.

Sobre el perfeccionamiento de la venta, el Despacho indicó que la relación comercial de EMAR y COOP JARDIN con la EAAB se soporta en un contrato de suministro de agua en bloque, en el cual se establece el régimen tarifario aplicable para cada caso y que no obstante dichos contratos estaban vigentes, se les aplicó una nueva tarifa, discriminatoria y anticompetitiva. El Despacho al analizar la venta diferenciada, encontró que el Acuerdo No. 08 de 2008 se diseñó y aplicó exclusivamente a EMAR y COOP JARDIN, mientras que a aquellos distribuidores y comercializadores de agua potable que adquirían agua en bloque a la EAAB, que no eran sus competidores en el servicio público domiciliario de acueducto, se les siguió aplicando la tarifa vigente, sustancialmente menor<sup>6</sup>.

El Despacho señaló que EMAR y COOP JARDIN decidieron no pagar el monto correspondiente al aumento tarifario, y enviaron documentos a la EAAB, a la CRA y a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (en adelante "SSPD"), exigiendo una explicación sobre el aumento en las tarifas de agua en bloque y manifestando su desacuerdo con las mismas. Indicó además el Despacho, que en marzo de 2010, la EAAB envió a EMAR y COOP JARDIN comunicaciones informando que se había realizado el ajuste correspondiente a la liquidación de las facturas generadas a partir de la publicación del Acuerdo No. 08 de 2008, y una factura en que reflejaba dicha reliquidación.

Esta Superintendencia reconoció que la decisión de no aplicar el mencionado Acuerdo es beneficiosa, pues las nuevas tarifas no perjudicaron a los usuarios finales atendidos por EMAR y COOP JARDIN, en virtud del referido reajuste tarifario. No obstante lo anterior, advirtió el Despacho que luego de varios meses en los que la EAAB utilizó argumentos

<sup>6</sup> A partir de junio de 2009, la EAAB aumentó las tarifas a EMAR y COOP JARDIN, así: para EMAR, una tarifa de \$1.676,63 / M<sup>3</sup>, que significó un aumento de 90,6%; y a COOP JARDIN, una tarifa de \$2.210,07 / M<sup>3</sup>, correspondiente a un incremento del 151,3%. Cuaderno No. 2 del Expediente, CD obrante a folio 413.

*AW*

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

jurídicos para justificar las tarifas del Acuerdo, súbitamente decidió detener su ejecución por cuestiones de aplicabilidad en el tiempo, sin proponer una solución a los supuestos desequilibrios que se estaban presentando con el cobro de las tarifas de agua en bloque a EMAR y COOP JARDIN.

Ahora bien, respecto de la intencionalidad de la EAAB de disminuir o eliminar la competencia en el mercado de distribución y comercialización de agua potable entendido como servicio público domiciliario, el Despacho analizó las resoluciones de la CRA que supuestamente fundamentaron la expedición del Acuerdo No. 08 de 2008 por parte de la EAAB, indicando lo siguiente:

(i) Resolución CRA 287 de 2004: establece la metodología tarifaria para regular el cálculo de los costos de prestación de los servicios de acueducto y alcantarillado. Las fórmulas tarifarias incluyen un cargo fijo y un cargo por unidad de consumo. Mientras el cargo fijo es determinado con base en los costos medios de administración (CMA), el cargo por unidad de consumo incluye el costo medio de operación y mantenimiento (CMO), el costo medio de inversión (CMI) y el costo medio de tasas ambientales (CMT).

Señala la resolución que el CMO es determinado por un componente particular del prestador y uno definido por comparación entre prestadores. Según el parágrafo 1 del artículo 13 de dicha resolución, los prestadores que compran agua en bloque deben incluir en el componente particular de acueducto el costo de suministro del agua en bloque. Señaló el Despacho que aunque el artículo 23 indique que para calcular el componente por comparación se deben incluir los costos de compra de agua en bloque, esto no implica que la Resolución CRA 287 de 2004 pretenda regular la tarifa de agua en bloque.

El Despacho indicó los componentes que se deben tener en cuenta para el cálculo del CMI de acuerdo con el artículo 25, y señaló que las personas prestadoras del servicio deben desagregar el CMI por las actividades de captación de agua, procesamiento, tratamiento, almacenamiento, conducción y transporte. La determinación del CMT se hace de acuerdo con la normatividad ambiental, en relación con las tasas de uso de agua.

Finalmente, el Despacho describió el procedimiento de cálculo del CMO establecido en la citada Resolución CRA 287 de 2004 para los prestadores del servicio público domiciliario de acueducto con menos de 2500 suscriptores.

(ii) Resolución CRA 421 de 2007: por medio de esta resolución la CRA resolvió la actuación administrativa tendiente a determinar la posibilidad de imponer una servidumbre de acceso de interconexión a la EAAB a favor de COOP JARDIN. La resolución establece que la remuneración por el acceso a la red será la resultante de aplicar los lineamientos indicados en el parágrafo 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, los cuales instan a los prestadores a desagregar sus CMI por cada actividad de la cadena productiva.

De acuerdo con lo anterior, el Despacho consideró que al separar los costos de cada una de las actividades de la cadena productiva, 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 entrega al prestador del servicio, pero no incluyen los costos de distribución y

AW

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

comercialización que el prestador del servicio de acueducto debe incluir en su fórmula tarifaria, ello es tanto los costos de adquisición de agua en bloque como los costos de distribución y comercialización al usuario final.

El Despacho concluyó que es claro que la expedición de la Resolución CRA 421 de 2007 estaba orientada a regular la situación particular y que solamente le debía aplicar a COOP JARDIN para los nuevos puntos de acceso que le otorgó la CRA, por lo que no resulta aceptable que la EAAB la extrapolara ni a otros puntos de acceso existentes ni a los demás comercializadores que adquieren el suministro de agua en bloque, como es el caso de EMAR.

(iii) Consideraciones del Despacho frente al Acuerdo No. 08 de 2008: En primer lugar, para el Despacho quedó claro que la EAAB, EMAR y COOP JARDIN como prestadores del servicio público domiciliario de agua potable, deben aplicar la Resolución CRA 287 de 2004 para el cálculo de sus tarifas a usuarios finales, razón por la que no entiende cuál es la aparente ventaja que obtendrían EMAR y COOP JARDIN al aplicar dicha resolución, que en opinión de la EAAB sería el hecho de que éstas no estarían obligadas a incluir los CMO en las tarifas a sus usuarios finales.

Se señaló también que no es claro por qué la EAAB justifica el Acuerdo No. 08 de 2008 en los lineamientos de la Resolución CRA 287 de 2004, cuando en el expediente existen pruebas 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.

Tampoco entiende por qué la EAAB aplicó una resolución de carácter particular al distribuidor y comercializador EMAR y en consecuencia decidió aplicarle la tarifa de agua en bloque que surgió del Acuerdo No. 08 de 2008. Señaló que, aun aceptando que la aplicación generalizada de una resolución particular es válida, no entiende por qué la misma no se aplicó a los distribuidores y comercializadores que no eran competidores de la EAAB, lo cual genera que las condiciones de venta sean diferentes.

Finalmente, consideró que al cobrar una tarifa de estrato 4 a EMAR y COOP JARDIN, la EAAB confunde a una empresa con un usuario final del servicio público domiciliario de acueducto, los cuales se regulan a través de marcos legales muy diferentes.

#### **5.5. Respetto de la responsabilidad de las personas naturales**

La Superintendencia consideró que no hay lugar a imponer una sanción al señor FERNANDO ULLOA VERGARA, teniendo en cuenta que no obra en el expediente prueba que lo vincule y porque además fue posesionado como Gerente General de la EAAB con posterioridad al desarrollo, expedición y aplicación del Acuerdo No. 08 de 2008.

#### **5.6. Dosificación de la sanción**

Esta Superintendencia resaltó que el caso reviste una especial importancia por su relación con el servicio público domiciliario de acueducto, cuya prestación debe ser continua e ininterrumpida por tratarse de un servicio público esencial.

AW

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

No obstante, reconoció que las ventas de agua en bloque a EMAR y COOPJARIN solo representaron aproximadamente el 3% de las ventas totales de agua en bloque de la EAAB y que el incremento tarifario no se trasladó a los usuarios finales, por lo que la conducta de la EAAB no tuvo efectos sobre éstos. También consideró importante el hecho de que la EAAB no tuviera ningún tipo de antecedentes en materia de infracciones al régimen de protección de la competencia.

De acuerdo con lo anterior, y teniendo en cuenta la normatividad vigente para la época de los hechos, (numerales 15 y 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992), el Despacho impuso una sanción a la EAAB de TRESCIENTOS DIEZ MILLONES SEISCIENTOS SESENTA Y OCHO MIL SETECIENTOS OCHENTA Y UN PESOS (\$310.668.781.00).

**SEXTO:** Dentro del término legal, el 28 de septiembre de 2012 las investigadas presentaron recurso de reposición contra la Resolución No. 53992, y solicitaron al Despacho revocar la decisión, para que se declare que la EAAB no vulneró ninguna disposición normativa en materia de protección de la competencia.

El recurso se fundamenta en los argumentos que se resumen a continuación y que se analizarán en detalle más adelante:

#### 6.1. Principios y valores constitucionales

La EAAB considera que el análisis que debe hacer la Superintendencia para resolver el recurso interpuesto debe enmarcarse dentro de los principios y valores constitucionales que se aplican a la prestación del servicio público de acueducto y alcantarillado, especialmente aquellos referidos al derecho a un ambiente sano y la obligación del Estado de planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales.

Indica, con base en los artículos 8<sup>7</sup>, 79<sup>8</sup>, 80<sup>9</sup> y 63<sup>10</sup> de la Constitución Política, el artículo 677<sup>11</sup> de Código Civil, y el artículo 80<sup>12</sup> del Decreto Ley 2811 de 1974<sup>13</sup>, que *"el agua, como bien de uso público, no es objeto de propiedad privada salvo las excepciones legales, y solo se puede acceder a su uso sometido por la ley y la autoridad competente a estrictas condiciones; correspondiendo a las corporaciones autónomas regionales el otorgamiento de concesiones para el uso y aprovechamiento de las aguas, de conformidad con el artículo 31 numeral 9 de la Ley 99 de 1993 y artículo 25 de la Ley 142*

<sup>7</sup> Estableció la obligación del Estado y de todas las personas de proteger las riquezas naturales de la nación.

<sup>8</sup> Determinó el derecho de todas las personas a gozar de un ambiente sano y el deber del Estado de proteger la diversidad e integridad del ambiente y conservar las áreas de especial importancia ecológica.

<sup>9</sup> Señaló la obligación del Estado de planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución, entre otras responsabilidades.

<sup>10</sup> Estableció que los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determine la ley son inalienables, imprescriptibles e inembargables.

<sup>11</sup> Determinó que los ríos y todas las aguas que corren por cauces naturales son bien de la Unión, de uso público en los respectivos territorios.

<sup>12</sup> Dispuso que las aguas son de dominio público, inalienables e imprescriptibles.

<sup>13</sup> Código Nacional de Recursos Naturales.

*Handwritten mark*

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

*de 1994, así como los artículos 88 y 89 del Decreto Ley 2811 de 1974, en armonía con los artículos 36 y 54 del Decreto reglamentario 1541 de 1978".*

Con base en lo anterior, concluyen las recurrentes que es equivocado considerar que entre la EAAB y EMAR y COOP JARDIN se suscribió un contrato de compraventa o suministro que tuviera por objeto el agua, pues el ordenamiento jurídico colombiano prohíbe ese tipo de acuerdos, cuando el objeto del negocio corresponde a un bien de uso público.

Adicionalmente, las recurrentes solicitan considerar que la venta de agua en bloque no se encuentra prevista o autorizada por la ley, por lo que, en su criterio, resulta equivocado proteger la libre competencia en situaciones de hecho que contravienen las normas constitucionales y legales.

## **6.2. Sustituibilidad, posición de dominio y definición de mercado relevante**

Señala, de acuerdo con el testimonio de la representante legal de EMAR, que las empresas compradoras de agua en bloque y prestadoras del servicio público de agua potable sí tienen acceso a las fuentes hídricas que se encuentran en el territorio nacional, lo que significa que sí existe sustituibilidad en el suministro de agua para dichas empresas, lo cual a su vez implica que la EAAB no ostenta posición de dominio en el mercado de agua en bloque.

Se indica que la EAAB ha invertido esfuerzos, tiempo y recursos económicos para satisfacer la prestación del servicio público y atender las necesidades de los habitantes de Bogotá. Sin embargo, en su opinión, las barreras de entrada señaladas por la Superintendencia en el acto administrativo recurrido no implican que otras empresas que atienden un menor número de usuarios no deban realizar sus respectivos esfuerzos, de acuerdo con su capacidad real de producción y su demanda. Manifiesta que para negar la existencia de sustituibilidad, no puede aplicarse un criterio basado exclusivamente en la capacidad financiera de las empresas prestadoras del servicio público de acueducto.

Manifiestan las recurrentes que no obra en el expediente un estudio de los costos en que incurriría una empresa que actualmente compra agua en bloque a la EAAB, si decidiera atender a sus usuarios incurriendo en todas las etapas de la cadena productiva del agua, que le permita establecer a la Superintendencia, con certeza, que no existen fuentes sustitutas a corto plazo.

Consideran que el acto administrativo recurrido se limitó a acoger integralmente los argumentos del Informe Motivado sin que los mismos se encuentren debidamente respaldados en análisis de costos o estudios económicos. En su criterio, el análisis de la Superintendencia no puede basarse en "probabilidades" sino en hechos ciertos y cuantitativamente comprobables.

Con base en lo anterior, manifiestan las recurrentes que el argumento con base en el cual la Superintendencia concluyó que la EAAB ostentaba posición de dominio dentro del mercado, carece del soporte probatorio necesario y suficiente que permita sancionar a la empresa involucrada. Indica además, que no existe en el expediente prueba de las afirmaciones señaladas en el acto administrativo recurrido respecto de las condiciones que se deben cumplir para que efectivamente exista sustituibilidad en el suministro de agua. Específicamente, señala que no hay ningún estudio de costos que permita inferir el

AN

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

monto de las inversiones en que incurrirían empresas como EMAR y COOP JARDIN si decidieran incursionar en todas las etapas de la cadena productiva del agua.

De otra parte, sostiene que en caso de que el proveedor de agua en bloque no cuente con la capacidad excedentaria para realizar la venta del insumo, éste no tiene la obligación de ampliar su capacidad instalada para llevar a cabo el suministro de agua en bloque. Señala, con base en el *"Informe de Modelación del Servicio de Acueducto con Restricción de Producción de Plantas"*, que la EAAB tiene un déficit de capacidad de producción que le impide atender la demanda, por lo que concluye, en los términos de la Resolución CRA 608 de 2012<sup>14</sup>, que la investigada no tiene excedentes de capacidad.

En su concepto, si a la EAAB se le está agotando su capacidad excedentaria, las empresas compradoras de agua en bloque deben ocuparse de cumplir los parámetros legales para realizar las etapas de la cadena productiva de acuerdo con su capacidad real y el número de suscriptores que tengan.

Según las recurrentes, la situación de la supuesta práctica restrictiva que se sanciona en el acto administrativo recurrido carece de fundamento. Señala que los excedentes de capacidad del sistema no tienen cabida en el marco normativo que rige el otorgamiento o concesión del uso del agua. Posteriormente, indica que la existencia eventual de capacidad instalada de potabilización, no acredita la disponibilidad de excedentes de agua potable susceptible de constituir el objeto de contratos de suministro de agua en bloque. Lo anterior, debido a que el otorgamiento del derecho al uso del agua se encuentra sometido a requerimientos legales y reglamentarios que establecen una relación inelástica entre la disponibilidad del recurso hídrico y la necesidad a satisfacer.

Las recurrentes insisten en que el mercado de agua en bloque es inescindible del mercado de agua potable de manera que llega a ser uno solo. Afirma que la Superintendencia, al definir dos mercados relevantes, no reconoció que el suministro de agua en bloque depende del servicio de agua potable por hacer parte del mismo proceso productivo, razón por la que debe dársele el tratamiento de un solo mercado dentro del cual existen dos modalidades de suministro.

### **6.3. Condiciones para la aplicabilidad del numeral 4 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992**

Las investigadas insisten en que el Acuerdo No. 08 de 2008, por medio del cual se estableció la tarifa de suministro y acceso para empresas compradoras de agua en bloque, nunca fue efectivamente aplicado por la EAAB. En efecto, insisten en que no obra en el expediente ninguna prueba que acredite la venta a un comprador en condiciones distintas de las que se ofrece a otro comprador, como presupuesto indispensable para que se configure la práctica restrictiva.

<sup>14</sup> Resolución CRA No. 608 de 2012, *por la cual se establecen los requisitos generales a que deben someterse los Prestadores de Servicios Públicos para el uso e interconexión de redes, se regulan los contratos de suministro de agua potable y los contratos de interconexión, para la prestación de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado, y sus actividades complementarias, se señala la metodología para determinar la remuneración y/o peaje correspondiente, se señalan las reglas para la imposición de servidumbres de interconexión y se dictan otras disposiciones.*

AN

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Indican las investigadas que la expedición del mencionado Acuerdo no significa una "venta" en los términos que exige la norma. Nuevamente señalan que, según el artículo 1857 del Código Civil, la venta se perfecciona cuando las partes han convenido en la cosa y en el precio, lo cual sólo ocurrió luego de la negociación con la EAAB, en la que se ajustaron las facturas y se determinó que el precio era el mismo que se les venía cobrando antes de la expedición del Acuerdo No. 08 de 2008. En concepto las recurrentes, la venta sólo se perfeccionó cuando se realizó el ejercicio de ajuste de las facturas, por lo que considera que la venta a un comprador de agua en bloque en condiciones distintas de las que se ofrecen a otro comprador no se materializó.

#### **6.4. Infracción del artículo 1 de la Ley 155 de 1959**

Las investigadas consideran que la Superintendencia no logró demostrar la intencionalidad o propósito de la EAAB de disminuir o eliminar la competencia en el mercado de comercialización de agua potable entendido como servicio público domiciliario.

Señalan que la EAAB estructuró la tarifa de agua en bloque contenida en el Acuerdo No. 08 de 2008 con base en la Resolución CRA No. 421 de 2007, la cual se expidió para los nuevos puntos de acceso a la red que cualquier persona solicitara, resolución que en concepto de las investigadas *"se erigió en una especie de regulación tarifaria por el acceso a las redes"*.

Afirman que la mencionada Resolución CRA No. 421 de 2007, a pesar de que en principio sólo aplica al caso concreto de COOP JARDIN, sí reguló el precio que debía cobrarse por el acceso, y esta regulación le sirvió de fundamento al área técnica de la EAAB para establecer los parámetros incorporados en el Acuerdo No. 08 de 2008. Recuerda nuevamente que de la lectura de dicha Resolución se desprende, entre otras cosas, que:

- La CRA considera que la servidumbre que le impone a la EAAB no es gratuita y por ello ordena fijar la "tarifa por el acceso".
- La CRA no definió la remuneración de acceso a la red, solamente se limitó a señalar que en la definición de la remuneración por el acceso a la red, la EAAB debería aplicar los lineamientos del parágrafo del artículo 25 de la Resolución CRA No. 287 de 2004.
- La imposición de la servidumbre de acceso no conlleva el suministro de agua.
- Para la provisión del agua a COOP JARDIN en los dos nuevos puntos de suministro, a los cuales ordena la CRA que se le dé el acceso mediante la imposición de una servidumbre de acceso, se debe establecer una tarifa que remunere los dos hechos económicos: (i) el suministro del agua y (ii) el acceso a la red.
- La tarifa por el suministro del agua y acceso a la red, que es el objeto del Acuerdo No. 08 de 2008, debe ser superior que la tarifa por el suministro del agua únicamente.
- Si la tarifa por el suministro y acceso a la red fuera igual a la tarifa por el suministro, entonces el acceso sería gratuito, lo cual estaría en contra de lo ordenado por la CRA de fijar una tarifa por el acceso.

AW

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Manifiestan las investigadas que para fijar la tarifa por el acceso a la red, la EAAB debía seguir los lineamientos establecidos en la Resolución CRA No. 287 de 2004. Sin embargo, señala que como la Resolución CRA No. 421 de 2007 sólo aplicaba para COOP JARDIN, fue necesario extender los efectos para regular situaciones futuras que no estaban normalizadas por disposición alguna, como lo es el hecho de que se obligue a la EAAB a otorgar puntos de acceso nuevos y diferentes a los que consensualmente había pactado con compradores de agua en bloque. Así, en criterio de las investigadas, una vez la CRA crea las normas y condiciones que se deben atender en estos casos, la EAAB debe implementar los mecanismos que permitan y faciliten dar cumplimiento a lo establecido por dicha autoridad.

Para las investigadas, la tarifa del Acuerdo No. 08 de 2008 buscó evitar el comportamiento anticompetitivo del "free rider" por parte de nuevos compradores orientados a atender usuarios con menores costos que el promedio de la ciudad.

Indican las investigadas que la tarifa por el suministro y acceso es diferente a la tarifa del suministro cuando la EAAB cuenta con usuarios atendidos directamente por ella, toda vez que la Resolución CRA No. 421 de 2007 ordena aplicar a la tarifa por el acceso a la red la fórmula de costo medio de la Resolución CRA No. 287 de 2004. Aclaran las investigadas que cuando la empresa cuenta con usuarios atendidos directamente por ella, el costo de referencia debe incluir los costos de la actividad de distribución, inversión y operación, así como el costo de las pérdidas de agua.

Las investigadas señalan que en los contratos de suministro de agua en bloque sólo se cobra el suministro del agua, mientras que en la tarifa del Acuerdo No. 08 de 2008 se cobra el suministro del agua y el acceso a la red. En su opinión, la Superintendencia parece no entender la diferencia entre el proceso de suministro de agua y el acceso a la red, razón por la que cree que no ha interpretado adecuadamente las resoluciones de la CRA que remiten a la Ley 142 de 1994 y que sirvieron de fundamento para la expedición del Acuerdo No. 08 de 2008.

#### **6.5. Monto de la sanción**

En concepto de las investigadas, el monto de la sanción, trescientos diez millones seiscientos sesenta y ocho mil setecientos ochenta y un pesos, \$310.668.781.00, resulta muy elevado, si se tiene en cuenta que la supuesta conducta anticompetitiva nunca se materializó.

Señalan, con base en la cantidad de agua en bloque vendida por la EAAB a EMAR y COOP JARDIN, que las compras de agua en bloque por parte de estas empresas no se redujeron en el periodo comprendido entre los años 2008 a 2010, lo que demuestra que no ha habido perjuicio alguno que pueda merecer una sanción.

**SÉPTIMO:** Que de conformidad con lo establecido en el artículo 56 del Código Contencioso Administrativo, (Decreto 01 de 1984<sup>15</sup>), los recursos de reposición deben resolverse de plano, salvo que el funcionario decrete pruebas de oficio. En el presente caso, teniendo en cuenta la evidencia que obra en el expediente, no se considera procedente decretar pruebas de oficio.

---

<sup>15</sup> Norma aplicable en virtud de la fecha de inicio de la actuación administrativa (antes del 2 de julio de 2012).

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

**OCTAVO:** Que de conformidad con el artículo 59 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), este Despacho procede a resolver el recurso de reposición interpuesto por las investigadas, pronunciándose en primer lugar sobre los argumentos relacionados con los principios y valores constitucionales asociados a la prestación de un servicio público como el de acueducto; la definición del mercado relevante, sustituibilidad y posición de dominio; las condiciones para la aplicabilidad del numeral 4 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 y del artículo 1 de la Ley 155 de 1959; y finalmente, las consideraciones en torno al monto de la sanción.

### 8.1. INTRODUCCIÓN

En este aparte se analizarán los argumentos de las investigadas, mediante los cuales recurrieron la Resolución No. 53992 el 14 de septiembre de 2012, impugnación en la que consideran que la EAAB no debe ser sancionada dentro de la presente investigación.

### 8.2. PRINCIPIOS Y VALORES CONSTITUCIONALES

Esta Superintendencia comparte la posición de las recurrentes respecto de que es fundamental abordar la resolución del presente recurso de reposición teniendo en cuenta los principios y valores constitucionales y legales asociados con la prestación del servicio público domiciliario de agua potable.

Así, se resalta, al igual que lo hacen las investigadas, que el agua es un recurso natural de propiedad del Estado, que tiene las características de un bien público<sup>16</sup> y que por la misma razón es inalienable, imprescriptible e inembargable, tal y como lo disponen el artículo 63 de la Constitución Política y el artículo 677 Código Civil, y por tanto, el Despacho hace propias las siguientes manifestaciones de las investigadas:

*"El agua, como bien de uso público, no es objeto de propiedad privada salvo excepciones legales, y solo se puede acceder a su uso sometido por la ley y la autoridad competente a estrictas condiciones; correspondiendo a las corporaciones autónomas regionales el otorgamiento de concesiones para el uso y aprovechamiento de las aguas, de conformidad con el artículo 31 numeral 9 de la Ley 99 de 1993 y artículo 25 de la Ley 142 de 1994, así como los artículos 88 y 89 del Decreto Ley 2811 de 1974, en armonía con los artículos 36 y 54 del Decreto reglamentario 1541 de 1978"*<sup>17</sup>.

Para la prestación del servicio público domiciliario de agua potable, esta Superintendencia reconoce también que la empresa que desee captar agua de una fuente hídrica debe contar previamente con los respectivos permisos y licencias ambientales, además de la respectiva concesión que debe otorgar la autoridad ambiental regional (i.e. Corporación Autónoma Regional) para que la empresa pueda obtener el

<sup>16</sup> Un bien público es un "bien, como la defensa nacional, cuyo disfrute por parte de una persona adicional cuesta poco o nada, mientras que los costes de impedir que se beneficie de él son elevados; los bienes públicos tienen las propiedades de que no hay rivalidad en el consumo y no son excluyentes". Stiglitz, Joseph E., *Economía*, Barcelona, pág. 1226.

<sup>17</sup> Recurso de reposición, págs. 4-5.

Abn

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

derecho de aprovechamiento de las aguas, con sus respectivas limitaciones, sin que el Estado pierda el dominio sobre éstas<sup>18</sup>.

De este modo, si una persona o empresa quiere explotar o aprovechar ese recurso natural, debe contar, entre otras, con una licencia ambiental y un contrato de concesión que le permita ejercer tal actividad. Una vez obtenga dichos permisos, la empresa puede aprovechar el recurso natural para diferentes usos, como es el uso agrícola, pecuario, industrial, agroindustrial o de servicios públicos, entre otros. En el caso del servicio público domiciliario de acueducto, la empresa puede captar el agua de la fuente hídrica sobre la cual tiene una concesión, y proceder a tratarla y potabilizarla, para que sea apta para el consumo humano.

Ahora bien, respecto de la legalidad de los contratos de suministro de agua potable en bloque, como los que son objeto de la presente investigación, este Despacho manifiesta que no es la autoridad competente para decidir sobre la legalidad del objeto de dichos contratos y que parte del principio de legalidad en razón del cual se presumen legales mientras lo contrario no sea decretado por un juez. Sin embargo, encuentra preocupante el Despacho que la EAAB afirme en su recurso de reposición que "(...) *del mismo modo, solicitamos respetuosamente considerar al momento de decidir el presente recurso, que la venta o suministro de agua en bloque no se encuentra prevista o autorizada por la ley, por lo que resulta equivocado proteger la libre competencia en situaciones de hecho que contravienen normas constitucionales y legales.*", dicho que no es compartido por esta Superintendencia.

Finalmente, considera este Despacho que frente a la legalidad de los contratos de suministro de agua en bloque, se debe tener en cuenta el concepto de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios que señala que los contratos de suministro de agua en bloque son contratos no regulados por la Comisión de Regulación de Agua Potable, y que obedecen a la órbita legal del derecho comercial<sup>19</sup>, luego no puede este Despacho compartir la apreciación de las recurrentes.

### **8.3. DEFINICIÓN DEL MERCADO RELEVANTE, SUSTITUIBILIDAD Y POSICIÓN DE DOMINIO**

#### **8.3.1. Definición del mercado relevante y capacidad excedentaria**

Señalan las recurrentes que la Superintendencia, al definir dos mercados relevantes, no reconoció que el suministro de agua en bloque depende del servicio de agua potable por hacer parte del mismo proceso productivo. Insisten en que el mercado de agua en bloque no se puede separar del mercado de agua potable, razón por la que, en su opinión, existe un solo mercado en el cual existen dos modalidades de suministro.

<sup>18</sup> Corte Constitucional, sentencia T-379 del 28 de agosto de 1995, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

<sup>19</sup> Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, Concepto SSPD-OJ-2011-299.

"Es así como un 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".

AW

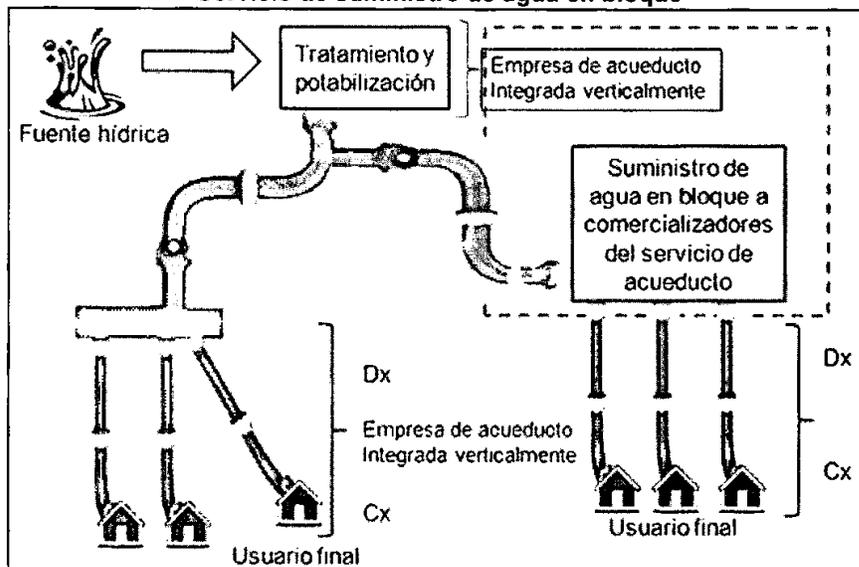
"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Respecto del argumento de las investigadas según el cual, la Superintendencia no reconoció que el suministro de agua en bloque depende del servicio de agua potable por hacer parte del mismo proceso productivo, este Despacho considera pertinente señalar que la Superintendencia, para realizar la definición del mercado relevante de producto en el acto administrativo recurrido, sí reconoció que el suministro de agua en bloque se enmarca dentro de la cadena productiva del agua potable, la cual se compone de las actividades de: (i) captación; (ii) potabilización del agua; y (iii) distribución y comercialización al usuario final.

Sin embargo, el hecho de que el suministro de agua en bloque se enmarque dentro de la cadena productiva del agua potable, no implica que el primero sea "inescindible" del segundo, y que en el presente caso tenía que concluirse la existencia de un solo mercado relevante. Para poder hablar de un solo mercado sería necesario que el servicio que se presta fuera el mismo, lo cual, como lo indicó el Despacho en el acto administrativo recurrido, no sucede.

Vale la pena remitirse nuevamente al esquema del servicio de suministro de agua en bloque presentado en el acto administrativo recurrido, a partir del cual es evidente que, aunque se encuentre enmarcado dentro de la cadena productiva del agua potable, este servicio es un mercado diferente del servicio público domiciliario de acueducto.

**Ilustración 1**  
**Servicio de suministro de agua en bloque**



Fuente: Resolución No. 53992 de 2012, p. 20.

Como se observa, el suministro de agua en bloque hace parte de la cadena productiva del agua potable, la cual inicia con la captación, tratamiento y potabilización del recurso hídrico y termina con la distribución y comercialización del agua potable al usuario final. Lo anterior, toda vez que algunos distribuidores y comercializadores de agua potable se conectan a la red matriz de la empresa que incurre en todas las etapas de la cadena, para posteriormente distribuir y comercializar el agua a los usuarios finales.

Sin embargo, si bien la EAAB suministra agua potable tanto en el servicio de suministro de agua en bloque objeto de la presente investigación, como en el servicio público

AW

RESOLUCIÓN NÚMERO **67650** - DE 2012 Hoja N°. 17

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

domiciliario de acueducto, debe recordarse que, tal y como indicó esta Superintendencia en la Resolución No. 53992 de 2012, en el primer escenario no es la investigada quien distribuye y comercializa el agua al usuario final, sino que son las empresas EMAR y COOP JARDIN quienes realizan dicha actividad.

Habiendo establecido que el servicio que se presta en ambos escenarios, (i) servicio de suministro de agua en bloque y (ii) servicio público domiciliario de agua potable, es diferente, este Despacho considera pertinente señalar nuevamente que existen otras diferencias entre dichos servicios que permiten concluir que en el presente caso no es posible definir un solo mercado relevante sino muy por el contrario dos mercados relevantes. Las principales diferencias se ilustran en la siguiente tabla:

**Tabla 1**  
**Diferencias entre el servicio de agua en bloque y el servicio público domiciliario de acueducto**

	<b>Servicio de agua en bloque</b>	<b>Servicio público domiciliario de acueducto</b>
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 <sup>20</sup>	SI (CRA, SSPD)
Objeto de contrato	Suministro de agua en bloque	Prestación del servicio público domiciliario de acueducto

Fuente: Resolución No. 53992 de 2012, p. 23.

Ahora bien, en cuanto a la afirmación que hacen las investigadas sobre la existencia de un solo mercado en el cual existen dos modalidades de suministro, vale la pena señalar que según el DANE (2009)<sup>21</sup>, en Colombia los hogares se abastecen de agua a través de los siguientes métodos:

<sup>20</sup> Si bien para el periodo investigado se trataba de una actividad no regulada, en la actualidad rige la Resolución CRA No. 608 de 2012 "Por la cual se establecen los requisitos generales a que deben someterse los Prestadores de Servicios Públicos para el uso e interconexión de redes, se regulan los contratos de suministro de agua potable y los contratos de interconexión, para la prestación de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado, y sus actividades complementarias, se señala la metodología para determinar la remuneración y/o peaje correspondiente, se señalan las reglas para la imposición de servidumbres de interconexión y se dictan otras disposiciones"

<sup>21</sup> Ficha técnica de la variable "Proporción de hogares con acceso sostenible a métodos de abastecimiento de agua adecuados". Tomado de: [http://www.dane.gov.co/files/investigaciones/pib/ambientales/Sima/Numero\\_porcentaje\\_viviendaH.pdf](http://www.dane.gov.co/files/investigaciones/pib/ambientales/Sima/Numero_porcentaje_viviendaH.pdf) Página consultada el 24 de octubre de 2012.

*AW*

RESOLUCIÓN NÚMERO 67650 - DE 2012 Hoja N°. 18

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

i) Métodos adecuados:

- a. Acueducto por tubería: cuando existe conexión con una red pública, comunal o particular por medio de tubos.
- b. Otra fuente por tubería: cuando existe conexión por medio de tubos, mangueras, guaduas, etc., a una fuente diferente de un acueducto público. Generalmente este tipo de instalaciones son de uso particular de la vivienda.
- c. Pozo con bomba: cuando el agua es extraída de una fuente subterránea mediante bomba. Incluye tanto el caso del hogar que debe dirigirse al pozo para traer agua utilizando recipientes, como el caso del hogar que haya construido un sistema de conducción para uso particular, de forma tal, que el agua es transportada desde el pozo por guadua, cañas, etc., hasta la vivienda.
- d. Pozo sin bomba: hoyo profundo cavado en la tierra del cual emerge agua subterránea que se extrae manualmente.
- e. Aljibe: hoyo profundo cavado en la tierra, que sirve como depósito de agua lluvia o de nacimiento y que tiene una protección.
- f. De pila pública: es un sitio comunal ubicado fuera de la vivienda de la que se aprovisionan varios hogares.

ii) Métodos no adecuados:

- a. Jagüey o barreno: hoyo superficial excavado para almacenar agua lluvia, donde el agua recolectada no circula.
- b. Aguas lluvias: se abastece de agua encauzando y almacenando en estanques el agua lluvia.
- c. Río, quebrada, nacimiento o manantial: el agua para el consumo humano se toma directamente de fuentes naturales como ríos, quebradas, manantiales, etc.
- d. Carrotanque: los acueductos municipales suministran directamente el agua a través de carrotanques.
- e. Aguatero: cuando una persona vende el agua en canecas, baldes, latas, etc., estos recipientes son de propiedad del aguatero y su retorno es inmediato, y para facilitar la distribución se puede utilizar un burro o una carreta manual sin que se considere el sitio de donde proviene el agua.
- f. Agua embotellada o en bolsa: es aquella que ha tenido un tratamiento previo de purificación realizado generalmente por empresas comerciales y que se consigue en garrafrones, botellas o bolsas.

De acuerdo con lo anterior, se observa que el usuario final cuenta con diferentes fuentes de abastecimiento de agua para su consumo, entre las que se encuentra el acueducto

ASW

RESOLUCIÓN NÚMERO 67650 - DE 2012 Hoja N°. 19

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

por tubería, donde participan la EAAB, EMAR, COOP JARDIN y otras empresas prestadoras del servicio público domiciliario de acueducto a través de tuberías.

Teniendo en cuenta el análisis realizado sobre los contratos de suministro de agua en bloque, es posible afirmar que el suministro de agua en bloque no es una modalidad de suministro de agua potable al usuario final, toda vez que, como ya se señaló, bajo esta figura, la EAAB no le entrega el agua potable al usuario final, sino a otro prestador del servicio público domiciliario de acueducto. Dicho prestador es el encargado de realizar la actividad, y en su ejercicio, es quien determina y cobra las tarifas, y atiende las quejas y reclamos de sus usuarios cuando estas se presentan.

Así, para esta Superintendencia es evidente, a diferencia de lo señalado por las investigadas, que el suministro de agua en bloque no es una modalidad de suministro de agua potable al usuario final, sino un mecanismo a través del cual la empresa prestadora del servicio de acueducto obtiene el agua para distribuirla y/o comercializarla posteriormente entre sus usuarios.

Por lo anterior, esta Superintendencia mantiene su posición respecto de la determinación del mercado relevante de definirlo en dos mercados, uno contenido en el otro.

En relación con la necesidad de tener capacidad excedentaria como prerrequisito para poder suministrar agua en bloque, afirman las investigadas que, actualmente, la EAAB tiene un déficit de capacidad de producción que le impide atender la demanda, razón por la que, en su opinión, si a la investigada se le está agotando su capacidad excedentaria, las empresas compradoras de agua en bloque deben ocuparse de cumplir los parámetros legales para realizar las etapas de la cadena productiva de acuerdo con su capacidad real y el número de suscriptores que tengan.

Adicionalmente, indican que los excedentes de capacidad del sistema no tienen cabida en el marco normativo que rige el otorgamiento o concesión del uso del agua. Manifiestan que la existencia eventual de capacidad instalada de potabilización, no acredita la disponibilidad de excedentes de agua potable susceptible de constituir el objeto de contratos de suministro de agua en bloque. Lo anterior, debido a que el otorgamiento del derecho al uso del agua se encuentra sometido a requerimientos legales y reglamentarios, que establecen una relación inelástica entre la disponibilidad del recurso hídrico y la necesidad a satisfacer.

Sobre este punto, esta Superintendencia considera importante recordar que la presente actuación surge por hechos ocurridos en el marco de la expedición, por parte de la EAAB, del Acuerdo No. 08 de 2008, a través del cual se aumentaron las tarifas de suministro de agua en bloque a las empresas EMAR y COOP JARDIN. La investigación, por tanto, no se refiere a hechos ocurridos durante el año 2012.

Cuando esta Superintendencia indicó en la Resolución No. 53992 de 2012, que toda vez que los prestadores que suministran el agua en bloque deben garantizar la demanda de sus usuarios directos, *"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 escasez"*, no estaba juzgando si la EAAB tenía o tiene actualmente excedentes de agua potable que le permitan suministrar agua en bloque en este momento, simplemente estaba indicando las condiciones en las que era posible que dicha figura ocurriera.

AW

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Para el Despacho es importante señalar que dentro de la justificación del Acuerdo No. 08 de 2008, en ningún momento se indicó que el déficit de capacidad de producción le impedía atender la demanda de las empresas EMAR y COOP JARDIN, al contrario, en el expediente obran pruebas que permiten concluir, tal y como se señaló en la Resolución recurrida, que la justificación de dicho acuerdo obedece a otras razones. En efecto, no era un tema de disponibilidad o existencia o no de excedentes sino un aumento tarifario, que ha sido catalogado por esta Superintendencia como abusivo en el acto administrativo recurrido.

Como ya fue señalado por esta Superintendencia, la justificación del Acuerdo No. 08 de 2008 se fundamentó en el análisis e interpretación que hizo la EAAB de las Resoluciones CRA No. 287 de 2004 y No. 421 de 2007, a partir de los cuales determinó que los usuarios finales que atienden los distribuidores y comercializadores diferentes de la EAAB, que adquieren agua en bloque para su posterior conducción al usuario final, no aplican los supuestos subsidios cruzados implícitos, razón por la que la Gerencia Corporativa de Planeamiento y Control de la EAAB propuso cobrar a las empresas que se encuentran en dicho escenario, una tarifa de suministro y acceso equivalente a la de un usuario final del servicio, de estrato 4, con el fin de evitar la aparición de nuevos compradores de agua en bloque orientados a atender usuarios con menores costos que el promedio de la ciudad.

Teniendo en cuenta lo anterior, no entiende el Despacho qué se busca demostrar con el argumento del supuesto déficit de capacidad de producción como justificación para haber expedido el Acuerdo No. 08 en 2008, para haber aumentado las tarifas de cobro a los quejosos EMAR y COOP JARDIN, para posteriormente haber desistido de la aplicación de dicho Acuerdo. Se reitera que el asunto aquí es de modificación de tarifas y no de imposibilidad de suministro de agua en bloque.

### **8.3.2. Sustituibilidad y posición de dominio**

Ahora bien, respecto de la sustituibilidad, las investigadas insisten en que en la provisión de agua potable existe sustituibilidad porque EMAR y COOP JARDIN tienen acceso a las fuentes hídricas que se encuentran en el territorio nacional. Asimismo, argumenta que el proceso de captación, potabilización y transporte de agua potable significa costos financieros, y que si bien estos pueden representar una barrera de entrada, eso no implica que los quejosos no puedan o no deban realizar sus propios esfuerzos financieros para captar, potabilizar y transportar agua potable, de acuerdo con su capacidad real de producción y su demanda.

Esta Superintendencia no comparte la posición de las investigadas por las razones que se han expuesto a lo largo de esta investigación, y las que a continuación se detallan en resumen:

Debe resaltarse que el análisis de sustituibilidad es uno de los componentes fundamentales para la definición del mercado relevante. Para poder determinar la composición del mercado relevante es necesario definir qué tan factible es que un consumidor cambie un producto ( $P_A$ ) por otro ( $P_X$ ) ante un aumento de precios de  $P_A$ , en una zona geográfica determinada. Para ello es necesario estudiar varios elementos como la disponibilidad de otros productos en el mercado geográfico y las diferencias de precios y el tiempo que tardarían los productos sustitutos en estar disponibles para los

AN

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

consumidores. Asimismo, sería necesario estudiar si existen otros productores, y cuáles de ellos con capacidad de adecuar su infraestructura productiva y empezar a ofrecer el producto  $P_A$  en el corto plazo.

Este concepto se ha desarrollado ampliamente en diversas jurisdicciones en relación con el estudio de integraciones empresariales. Esta misma Superintendencia ha sostenido que:

*"La sustituibilidad, desde el punto de vista de la demanda (consumidor), determina los productos o servicios sustitutos que generan una presión competitiva hacia una empresa respecto de un bien determinado, disminuyendo el efecto restrictivo de una integración.*

*Así mismo, la sustituibilidad desde la óptica de la oferta, es tomada en cuenta al analizar la estructura del mercado relevante con el fin de incluir en el estudio la presión competitiva proveniente de otros actores en el mercado que están en condiciones de transformar su producción actual, en corto tiempo y con bajos costos, y dirigirla hacia los bienes que hacen parte del mercado relevante, disminuyendo los efectos restrictivos de una integración"<sup>22</sup>. (Subraya fuera del texto)*

Igualmente, la Autoridad de Competencia del Reino Unido<sup>23</sup> ha manifestado que la sustituibilidad entre productos, desde el lado de la oferta, debe cumplir con ciertas características para que se pueda dar y determinar qué productos se deben incluir en el mercado relevante:

*"Para que una empresa sea una fuente genuina de sustitución por el lado de la oferta no es suficiente que dicha empresa requiera algunos activos adicionales, si ello significa una inversión adicional requerida con el fin de producir los activos adicionales. Por ejemplo, puede ocurrir que una empresa físicamente pueda producir un producto de otra empresa utilizando activos productivos preexistentes, sin embargo que la venta exitosa de dichos productos también requiera de mercadeo (por ejemplo tener una marca para identificar el producto) o de activos de distribución (i.e. bodegas). En ese caso, la habilidad de producir ese producto es insuficiente para poder contar a ese productor como una fuente de sustitución desde el lado de la oferta, dado que las inversiones necesarias para crear la marca y la red de distribución muy seguramente serán significativas y en su mayor parte representarán costos hundidos. Además, para que los productos de una empresa puedan ser considerados como productos sustitutos desde el lado de la oferta, no solamente es necesario que la producción del bien sea factible sin requerir nuevas inversiones, sino que también debe ser posible que esto ocurra en un corto periodo de tiempo. Esto es frecuentemente entendido como un periodo de máximo un año."<sup>24</sup> (Traducción libre. Subraya fuera del texto original).*

<sup>22</sup> Superintendencia de Industria y Comercio, *Guía de Integraciones Empresariales*, Bogotá, 2012, pág. 9.

<sup>23</sup> Office of Fair Trading

<sup>24</sup> Office of Fair Trading, *The role of market definition in monopoly and dominance inquiries*, Economic Discussion Paper 2, July 2001, UK, p. 9. El texto original es el siguiente: "For a rival firm to provide a genuine source of supply-side substitution it is not sufficient for that firm to have just some assets required, if this means that significant additional investments are required in the other productive assets needed. For example, it may be possible for a firm physically to produce the products of another firm using pre-existent producing assets, however the successful sale of these products may also require marketing assets (e.g. an established brand) or distribution assets (e.g. depots). In this case, the ability to produce the physical product is insufficient to be able to regard the supplier as an effective source of supply-side substitution since the investments needed to create a brand and a distribution network are likely to be significant and

AN

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

De lo anterior, se puede deducir fácilmente que en el análisis de sustituibilidad que se realiza para definir el mercado relevante, la sustituibilidad no se puede entender como la mera expectativa o potencialidad que tendría un consumidor de cambiar de proveedor de un bien ante un aumento en los precios que ofrezca uno de los productores. Se deben tener en cuenta factores como el posicionamiento del producto, el tiempo que tardaría un productor sustituto en elaborar y sacar al mercado el producto, la cercanía geográfica, entre otras consideraciones.

En el caso que nos ocupa, en el acto administrativo recurrido este Despacho manifestó lo siguiente:

*"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 al agua cruda, su potabilización y su 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 suponga un aumento en sus costos de producción e incluso lo pueda llevar a salir del mercado en el mediano plazo"<sup>25</sup>.*

Así, para esta Superintendencia es evidente que ante un aumento de precios del suministro de agua en bloque por parte de la EAAB a EMAR y COOP JARDIN, no existía para ellos una fuente sustituta de agua en el corto plazo. Para que se pueda considerar que existe sustituibilidad de un producto por otro, éste debe poder estar disponible en el corto plazo, debe tener un menor costo, y debe contar con las mismas condiciones de calidad que el producto que se pretende sustituir.

Frente a este argumento, el recurrente consideró que:

*"No obra en el expediente un estudio indicativo y serio de los costos en que incurriría una empresa que actualmente compra agua en bloque a la EAAB E.S.P., si decidiera atender a sus usuarios incurriendo en todas y cada una de las etapas de la cadena productiva de agua.*

*A pesar de que en el informe motivado y en la Resolución por la cual se impone sanción pecuniaria se alude en todo momento a la existencia de otras fuentes (que en nuestro criterio son sustitutas), para los compradores de agua en bloque, el ente*

---

*largely sunk. Moreover, for the products of a firm to be regarded as supply-side substitutes it is not only necessary for production of the relevant products to be possible without the need for new investments, it must also be possible within a relatively short period of time. This is often taken as a period of up to one year."*

<sup>25</sup> Resolución No. 53992 de 14 de septiembre de 2012, pág. 26. Cuaderno No. 6 del Expediente, folios 1465 a 1488.

AW

RESOLUCIÓN NÚMERO 67650 - DE 2012 Hoja N°. 23

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

*investigador no cuenta con un estudio serio que pruebe cuán difícil puede ser que una de estas empresas capte el agua directamente, la potabilice y la transporte, y cuanto (sic) le costaría este ejercicio para poder establecer con certeza que no existen fuentes substitutas en el corto plazo.*

(...)

*En razón de lo anterior, el argumento según el cual no hay sustituibilidad a corto plazo, que es finalmente el que lleva a la Superintendencia a concluir que la EAAB E.S.P. tiene posición de dominio dentro del mercado, carece del soporte probatorio necesario y suficiente que le permita al ente investigador imponer una sanción como la que nos ocupa.<sup>26</sup>*

A diferencia de lo que sostienen las investigadas, este Despacho considera que no es necesario llevar a cabo estudios económicos ni técnicos para soportar el argumento de la inexistencia de sustituibilidad de agua en bloque para EMAR y COOP JARDIN.

El Despacho insiste en que el análisis que nos ocupa en la presente actuación administrativa se refiere a los hechos ocurridos en el marco de la expedición del Acuerdo No. 08 de 2008 por parte de la EAAB, mediante el cual aumentó las tarifas de suministro de agua en bloque a EMAR y COOP JARDIN. No se trata pues, de asunto diferente que aquél provocado con las actuaciones de la EAAB, por lo tanto, el análisis no se ocupa de estudiar en abstracto si las quejas podrían o debieran captar y potabilizar el agua potable que comercializan con sus usuarios finales, ni de analizar su capacidad financiera o técnica. Se trata, en cambio, de analizar si la expedición del Acuerdo No. 08 de 2008 y las conductas de la EAAB relacionadas con ese hecho, se puede entender como una conducta contraria a la libre competencia a la luz del derecho colombiano.

Teniendo claridad sobre lo anterior, y en el marco de la definición del mercado relevante, esta Superintendencia manifiesta que en razón a su experiencia<sup>27</sup> respecto del hecho de que el proceso de captación, potabilización y transporte de agua potable no se puede concretar en el corto plazo puesto que requiere de permisos regulatorios y ambientales, altos costos financieros y considerables inversiones en infraestructura, no es posible afirmar que exista sustituibilidad del suministro de agua en bloque en el corto plazo.

Ahora bien, dado que para las investigadas sí existe sustituibilidad en el suministro de agua en bloque en el corto plazo, considera que el argumento con base en el cual esta Superintendencia concluyó que la EAAB ostenta posición de dominio en el mercado de suministro de agua en bloque, carece del soporte probatorio necesario y suficiente que le permita sancionar a la investigada. Lo anterior, toda vez que fue a partir de la ausencia de sustituibilidad en el suministro de agua que se determinó que la investigada sí tenía posición de dominio en el citado mercado.

Al respecto, esta Superintendencia considera que la EAAB tiene una cuota de participación del 100% en el mercado de suministro de agua en bloque, por ser la única

<sup>26</sup> Recurso de reposición, págs. 8 y 9.

<sup>27</sup> Vale la pena resaltar la validez del uso de las reglas de la experiencia como herramienta de análisis. El profesor Jairo Parra Quijano afirma que: "El juez-ser humano, en la valoración de la prueba debe emplear las reglas de la experiencia, es decir, eso que aprendió y que acumuló para ser empleado en nuevas situaciones. En otras palabras, lo que llamamos en el mundo del proceso reglas de la experiencia, no es más que una aplicación en concreto de la experiencia que todo hombre posee". Jairo Parra Quijano, Manual de Derecho Probatorio. Ediciones Librería del Profesional. Décima Sexta Edición, Bogotá, p. 70.

44

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

empresa de acueducto que ofrece agua en bloque a los prestadores del servicio ubicados en Bogotá, Soacha, Madrid, Funza, Sopó, Cajicá, Tocancipá, La Calera, Chía y Mosquera. Es claro que a pesar de que técnicamente existen otras fuentes de suministro de agua en bloque o agua cruda, su suministro efectivo en el corto plazo es poco probable, razón por la que se concluye que no existen fuentes sustitutas de agua para aquellos prestadores del servicio público domiciliario de acueducto que adquieren agua en bloque, en este caso EMAR y COOP JARDIN.

En consecuencia, este Despacho reitera su posición respecto de la posición de dominio que ostenta la EAAB en el mercado de suministro de agua en bloque y descarta los argumentos de las investigadas sobre el particular.

#### **8.4. CONDICIONES PARA LA APLICABILIDAD DEL NUMERAL 4 DEL ARTÍCULO 50 DEL DECRETO 2153 DE 1992**

A continuación, el Despacho analiza los argumentos presentados por las investigadas en relación con la aplicabilidad del numeral 4 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, que dispone:

*"Artículo 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.*

(...)"

##### **8.4.1. Efectividad de la venta de agua en bloque con la aplicación de la tarifa del Acuerdo No. 08 de 2008:**

En el recurso de reposición, las investigadas insisten en que la venta del agua en bloque con la aplicación de las tarifas del Acuerdo No. 08 de 2008 no fue efectiva por cuanto las partes no acordaron previamente el precio, y que en consecuencia no es posible aplicar el numeral 4 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992:

*"El Acuerdo 008 de 2008 estableció la tarifa de suministro y acceso para empresas compradoras de agua en bloque, esto no quiere decir que su sola expedición signifique VENTA en los términos que exige la norma para que se configure la práctica restrictiva de la competencia.*

*Tal y como se indicó al momento de descender el traslado del informe motivado, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1857 del Código Civil colombiano la venta es un contrato consensual que se reputa perfecto desde que las partes han convenido en la cosa y el precio.*

(...)

*No cabe duda de que una vez se expedieron las facturas con ocasión del Acuerdo de Junta Directiva 008 de 2008, las empresas entraron en un escenario de negociación con la EAAB E.S.P. a partir de lo cual se estableció finalmente un precio que es el que*

-- 6 7 6 5 0 --  
RESOLUCIÓN NÚMERO \_\_\_\_\_ DE 2012 Hoja N°. 25

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

*debe tenerse en cuenta para los efectos de esta investigación, ese precio era el mismo que se les venía cobrando antes de la expedición del tan mencionado Acuerdo de Junta Directiva y por esa razón sostenemos que no se materializó una venta en condiciones distintas a ningún comprador de agua en bloque y por ende no se incurrió en ninguna conducta contraria a la competencia".<sup>28</sup>*

No obstante los argumentos presentados por las investigadas, este Despacho disiente de la posición anotada y reitera que el suministro ("la venta") con la aplicación de las tarifas del Acuerdo No. 08 de 2008 sí fue efectiva. Veamos:

Este Despacho debe insistir en que el acuerdo entre las partes (EAAB, EMAR y COOP JARDIN) respecto de la cosa y el precio surgió mucho antes de la expedición del Acuerdo No. 08 de 2008. En efecto, ello ocurrió al momento en que la EAAB celebró los respectivos contratos de suministro de agua en bloque con EMAR y COOP JARDIN, hace más de doce (12) años.

En dichos contratos, tal y como se analizó en el acto administrativo recurrido, se acordó el precio que se pagaría por el caudal de agua potable suministrado por la EAAB. Adicionalmente, se definió la forma como se haría la actualización tarifaria, y finalmente se dispuso la prórroga de los contratos por solicitud de EMAR y COOP JARDIN, según fuere el caso.

Todo lo anterior se resume en la siguiente tabla:

**Tabla 2**  
**Contratos de suministro de agua en bloque de EMAR y COOP JARDIN**

	EMAR	COOP JARDIN
Contrato No.	Contrato No. 1-99-9000-0261-98 para la prestación del servicio de agua en bloque <sup>29</sup> .	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 El Jardín Limitada, COOP JARDIN ESP, LTDA. No. 9-99-9100-316-1999 <sup>30</sup> .
Fecha de celebración	10/09/1998	09/08/1999
Régimen tarifario aplicable	<b>Cláusula sexta: Tarifas:</b> 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	<b>Cláusula octava: Tarifas:</b> COOP JARDIN 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

<sup>28</sup> Recurso de reposición, págs. 16-17.

<sup>29</sup> Cuaderno No. 1 del Expediente, folios 13-16.

<sup>30</sup> Cuaderno No. 1 del expediente, folios 146-152.

AN

RESOLUCIÓN NÚMERO 67650 - DE 2012 Hoja N°. 26

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

	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.	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	<p><b>Cláusula séptima: Régimen tarifario:</b> 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).</p> <p><b>Parágrafo:</b> 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.</p>	<p><b>Cláusula novena: Régimen tarifario:</b> las tarifas mencionadas en la cláusula (sic) séptima de este convenio corresponden al valor de las mismas para el mes de junio de 1999.</p> <p><b>PARÁGRAFO:</b> 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.</p>
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 COOP JARDIN.

Fuente: Resolución No. 53992 de 14 de septiembre de 2012, págs. 32-33.

Teniendo en cuenta que los contratos antes citados eran los vigentes al momento en que se expidió y se hizo efectivo el Acuerdo No. 08 de 2008, este Despacho insiste en que EMAR y COOP JARDIN ya tenían una relación jurídica vigente con la EAAB, y que fue en el marco de dicha relación jurídica que se aplicó el cambio en las tarifas, tal y como lo manifestó la EAAB en la comunicación enviada a las quejas:

*"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. (...)"<sup>31</sup>.*  
(Subraya fuera del texto).

Interpretando de manera integral las facultades otorgadas a la EAAB en los contratos suscritos arriba citados, y las comunicaciones remitidas a EMAR y COOP JARDIN, se observa que contrario a la posición de las investigadas, para la determinación de la tarifa no se requería un nuevo acuerdo de voluntades para fijar el precio del suministro, pues se acudió a la fórmula que prevé el artículo 970 del Código de Comercio, de fijar "en el

<sup>31</sup> 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.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

*contrato la manera de determinarlo sin acudir a un nuevo acuerdo de voluntades" que es exactamente a lo que corresponde lo previsto en el párrafo de la cláusula séptima del contrato con EMAR, y en el párrafo de la cláusula novena del contrato con COOP JARDIN que de manera idéntica rezan:*

*"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." (Resaltado fuera de texto).*

Así pues, no es de recibo el argumento de las investigadas que sostiene que la EAAB haya entrado en una etapa de negociación con EMAR y con COOP JARDIN para acordar el precio del suministro del agua en bloque, y que el precio final acordado fue el mismo que se venía cobrando. Por el contrario, las pruebas que reposan en el expediente evidencian no solamente que una vez se expidió el Acuerdo No. 08 de 2008 éste se hizo efectivo, sino que ante las quejas y reclamaciones de EMAR y COOP JARDIN, la EAAB respondió a las mismas manifestando que el cobro de la nueva tarifa era legal y estaba motivado:

*"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"<sup>32</sup>.*

Lo anterior evidencia que las tarifas fueron efectivamente **cobradas** a EMAR y COOP JARDIN, aun cuando la EAAB no haya iniciado acciones judiciales para dicho cobro. Prueba adicional de esto es el hecho de que, unos meses más tarde, de manera unilateral y sin previo aviso, la EAAB haya decidido **desistir** del cobro de la tarifa del Acuerdo No. 08 de 2008, y continuar cobrando la tarifa que se venía aplicando antes de la expedición de dicho Acuerdo<sup>33</sup>, habida cuenta de la varias veces referida reliquidación o reajuste de la tarifa.

Si la EAAB reajustó o reliquidó la tarifa, y por ende las sumas adeudadas a EMAR y a COOP JARDIN fue porque, en efecto, les estaba aplicando y cobrando la tarifa derivada del Acuerdo No. 08 de 2008, pues de no ser así no habría habido razón alguna para desistir en la pretensión de cobrar el aumento derivado de la fijación de las nuevas tarifas.

Del análisis anterior, este Despacho concluye que una vez se expidió el Acuerdo No. 08 de 2008 y se cobraron las correspondientes nuevas tarifas a EMAR y a COOP JARDIN si se llevó a cabo una "venta", por cuanto estaba sujeta a los contratos de suministro de agua en bloque que había firmado la EAAB con las quejas años atrás, y los cuales se encontraban vigentes. Vale la pena recordar que por mandato expreso del artículo 980 del Código de Comercio, "se aplicarán al suministro..., las reglas que regulan los contratos a que correspondan las prestaciones aisladas", razón por la cual sí se tipifica el primer elemento de la conducta abusiva consistente en "La venta a un comprador en condiciones diferentes de las que se ofrece a otro comprador...".

<sup>32</sup> Cuaderno No. 1 del expediente, folios 49-50.

<sup>33</sup> Comunicación que consta en el Cuaderno No. 2 del expediente, folios 302 y 303.

Am

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Por todo lo anterior, no se está incurriendo en una interpretación errada de la norma (numeral 4 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992) como lo manifiestan las investigadas. Diferente es que dicho aumento en las tarifas no se haya trasladado a los usuarios finales y no haya tenido efectos en el mercado, se reitera habida cuenta del reajuste y la reliquidación de las tarifas en virtud de las reclamaciones que hicieron las aquí quejas EMAR y COOP JARDIN.

#### **8.4.2. Venta diferenciada**

Al respecto, este Despacho se permite señalar que durante la investigación se demostró suficientemente, y se analizó en el acto administrativo recurrido, que la EAAB dio una aplicación diferencial de las tarifas de suministro de agua en bloque a EMAR y COOP JARDIN con el único fundamento de ser "*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*"<sup>34</sup> como lo manifestó la EAAB.

A la luz del derecho de la competencia, y conforme se manifestó en la resolución recurrida, la justificación de la EAAB no resulta de recibo para el Despacho. Por el contrario, considera que la EAAB, al haber aplicado esta medida incurrió en la conducta restrictiva de la competencia en aquellas zonas en las que otros distribuidores y comercializadores compiten con ella para proveer servicios a los usuarios finales.

#### **8.4.3. Intencionalidad de disminuir o eliminar la competencia**

Respecto de la intención de disminuir o eliminar la competencia, las investigadas argumentan que:

*"Con relación a la configuración del elemento adicional que hace procedente imponer una sanción en este caso, en nuestro criterio, el ente investigador no logró demostrar en el curso del trámite, la intencionalidad o propósito de la EAAB E.S.P. de disminuir o eliminar la competencia en el mercado de comercialización de agua potable entendido como servicio público domiciliario a raíz de la expedición del Acuerdo 008 de 2008"*<sup>35</sup>.

Para el Despacho, la intencionalidad de disminuir la competencia por parte de la EAAB quedó suficientemente demostrada en el acto administrativo recurrido al hacer el análisis de los antecedentes y justificación de la expedición del Acuerdo No. 08 de 2008. La aplicación de tarifas diferenciadas en el suministro de agua en bloque a EMAR y COOP JARDIN frente a las demás empresas a quienes la EAAB les brindaba este mismo suministro, y la justificación que utilizó para la expedición del Acuerdo No. 08 de 2008 de tener que cobrarles a EMAR y COOP JARDIN las tarifas de usuarios finales asimilándolos a usuarios residenciales de estrato 4 no tienen explicación diferente a la de querer disminuir o eliminar la competencia en aquellos lugares geográficos en los que la EAAB también competía por el servicio de distribución y comercialización, ello es Bogotá y Soacha.

<sup>34</sup> Acuerdo No. 08 de 2008, artículo primero. Cuaderno No. 2 del expediente, folios 342 a 344.

<sup>35</sup> Recurso de reposición, pág. 19.

AN

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Como se analizó en detalle en la resolución recurrida y se reconoció por los recurrentes:

*"(...) la EAAB E.S.P estructuró la tarifa de agua en bloque contenida en el Acuerdo 008 de 2008 con fundamento en la disposición contenida en la resolución CRA 421 de 2007, 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.*

*A pesar de que la mentada Resolución evidentemente es de carácter particular y en principio solo aplica al caso concreto de COOP JARDIN con ocasión de la solicitud de dos puntos nuevos de acceso a la red, la Comisión de Regulación de Agua Potable sí reguló el precio que debía cobrarse por el acceso, y esta regulación le sirvió de fundamento al área técnica de la EAAB E.S.P para establecer los parámetros incorporados en el Acuerdo 008 de 2008"<sup>36</sup>. (Subraya en el texto original; resaltado fuera de texto).*

Del recurso de reposición presentado por las investigadas se evidencia sin lugar a dudas que tienen claro cuál fue la motivación y los resultados de la expedición de la Resolución CRA 421 de 2007. Aclaran, entre otros aspectos, que fue un acto administrativo de carácter particular, y para nuevos puntos de acceso a la red.

Lo que nunca terminó siendo explicado es por qué la EAAB terminó aplicando la Resolución CRA 421 de 2007 respecto de unos eventos no previstos allí (los puntos de acceso previamente existentes), a unas personas no destinatarias del acto administrativo particular (EMAR), así como aplicar de forma retroactiva el Acuerdo No. 08 de 2008.

Ahora bien, si al expedirse la Resolución CRA 421 de 2007, la EAAB advirtió que no estaba cobrando a los quejosos el acceso a la red sino únicamente el suministro del servicio, este Despacho tampoco comprende las razones por las cuales la EAAB, al desmontar las tarifas aplicables luego de la expedición del Acuerdo No. 08 de 2008, no implementó otro mecanismo contractual que corrigiera el alegado desequilibrio.

Respecto de la aplicación de la Resolución CRA 287 de 2004, el Despacho reitera los argumentos expuestos en el acto administrativo recurrido, en el sentido en que la referida resolución indica la forma en que se deben calcular el CMO, el CMI (desagregados por actividad) y el CMT para las diferentes actividades de la cadena productiva del servicio público de agua potable.

Este Despacho considera que la EAAB incurrió en un error al cobrar, tras la expedición del Acuerdo No. 08 de 2008, los costos relacionados con las actividades de distribución y comercialización de agua potable a EMAR y COOP JARDIN asimilándolos a usuarios finales de estrato 4, cuando es claro que en el servicio de suministro de agua en bloque la EAAB no incurre en dichos costos sino únicamente en los de captación, potabilización y transporte del agua potable por la red matriz hasta el punto de entrega acordado con EMAR y con COOP JARDIN. Los gastos de distribución y comercialización corren enteramente por cuenta de éstas empresas, y por tanto no se advierte la viabilidad jurídica para incluir los costos de esas actividades dentro del cobro del suministro de agua en bloque.

<sup>36</sup> Recurso de reposición, pág. 20.

AW

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

Por las razones antes expuestas, y teniendo en cuenta que se cumplen los demás elementos del numeral 4 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, el Despacho concluye que es correcto darle aplicación para efectos de sancionar la conducta de la EAAB.

Adicionalmente, frente a la prohibición general contenida en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, este Despacho reitera las razones expuestas en el acto administrativo recurrido y confirma que al establecer aumentos 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, tendientes a limitar o eliminar la competencia en el mercado del servicio público domiciliario de acueducto.

#### 8.5. MONTO DE LA SANCIÓN

Para la EAAB, la sanción de TRESCIENTOS DIEZ MILLONES SEISCIENTOS SESENTA Y OCHO MIL SETECIENTOS OCHENTA Y UN PESOS (\$310.668.781.00), resulta muy elevada si se tiene en cuenta, según su propio dicho, que la supuesta conducta anticompetitiva nunca se materializó. Adicionalmente indica que las compras de dicho insumo (suministro de agua en bloque) por parte de estas empresas no se redujeron en el periodo comprendido entre los años 2008 a 2010, lo que demuestra que no ha habido perjuicio alguno que pueda merecer una sanción.

No comparte este Despacho los argumentos arriba expuestos, toda vez que como ya se demostró, la EAAB sí incurrió en la conducta anticompetitiva que se le imputó, y aunque las el suministro de agua en bloque a EMAR y COOP JARDIN no se haya reducido, sí quedó demostrado que a dichas empresas la EAAB les impuso condiciones diferentes de las que le ofrecía a otros adquirentes de agua en bloque no competidores en el servicio público domiciliario de acueducto.

Para la tasación de la sanción impuesta a la EAAB, el acto administrativo aquí impugnado tuvo en cuenta lo siguiente:

- (i) Que 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.
- (ii) Que el comportamiento de la EAAB 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 constituye abuso de posición dominante.
- (iii) Que 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.

Vale la pena indicar que este Despacho no consideró, únicamente, los criterios antes señalados, sino que también incluyó criterios de atenuación para tasar el monto de la

AW

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

sanción. En efecto, reconoció que la EAAB al reajustar o reliquidar el monto de las tarifas a EMAR y COOP JARDIN, evitó que éstas trasladaran el incremento inicialmente aplicado en la tarifa de suministro de agua en bloque a sus usuarios finales. Adicionalmente, tuvo en cuenta que la EAAB no tenía ningún tipo de antecedentes en materia de infracciones al régimen de protección de la competencia.

Así, con base en las anteriores consideraciones, este Despacho confirma el monto de la sanción impuesta a la EAAB.

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

**RESUELVE:**

**ARTÍCULO PRIMERO:** CONFIRMAR en todas sus partes la Resolución No. 53992 de 14 de septiembre de 2012.

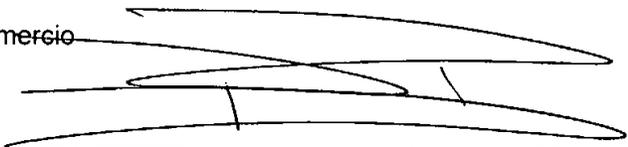
**ARTÍCULO SEGUNDO:** Notificar personalmente el contenido de la presente resolución a la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P. a través de su representante legal o su apoderado y al señor LUIS FERNANDO ULLOA VERGARA o su apoderado, entregándole copia de la misma e informándole que en su contra no procede recurso alguno por encontrarse agotada la vía gubernativa.

**ARTÍCULO TERCERO:** 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 **06 NOV 2012**

El Superintendente de Industria y Comercio



**PABLO FELIPE ROBLEDO DEL CASTILLO**

Proyectó y revisó: Carolina Liévano  
Angela María Noguera *AM*

**NOTIFICACIONES:**

Doctor  
**CARLOS EDUARDO MEDELLÍN BECERRA**  
C.C. N° 19.460.352 de Bogotá  
T.P. N° 96.623 del C.S. de la J.  
Calle 33 # 6 B – 24 Piso 7  
Teléfono: 3400280  
Bogotá D.C.  
Apoderado  
**EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P.**  
**LUIS FERNANDO ULLOA VERGARA**

