



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

RESOLUCIÓN NÚMERO **№ 68745** DE 2018

(17 SEP 2018)

Radicación 12-185822

“Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra una sanción y se adoptan otras decisiones”

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

En ejercicio de sus facultades legales, en especial de las previstas en la Ley 1340 de 2009, el Decreto 4886 de 2011¹, en concordancia con el Decreto 2153 de 1992², y

CONSIDERANDO

PRIMERO: Que mediante Resolución No. 14305 del 28 de febrero de 2018 (en adelante Resolución Sancionatoria), la Superintendencia de Industria y Comercio sancionó a la **EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ E.S.P** (en adelante **EAB**) por violar lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general) y los numerales 4 (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) y 6 (obstruir o impedir a terceros, el acceso a los mercados o a los canales de comercialización) del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, al haber creado y ejecutado una política de eliminación de agua en bloque, en el marco de la cual se instaló una válvula y dos platinas en la bocatoma del acueducto de la **COOPERATIVA DE SERVICIOS PÚBLICOS DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE LA PARCELACIÓN EL JARDÍN LIMITADA – COOPJARDÍN ESP LTDA.** (en adelante **COOPJARDÍN**)³, que implicó una grave afectación en la prestación del servicio de acueducto a usuarios finales al reducirse el caudal y la presión del agua.

Así mismo, se impusieron sanciones a **Diego Fernando Bravo Borda** y **Paola María Miranda Morales** por incurrir en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, al haber participado en las conductas imputadas a la **EAB**:

SANCIONES AL AGENTE ECONÓMICO		
1	EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ EAB	\$20.437.290.720.00
SANCIONES A PERSONAS NATURALES		
1	DIEGO FERNANDO BRAVO BORDA	\$351.558.900.00
2	PAOLA MARÍA MIRANDA MORALES	\$35.155.890.00

En la Resolución Sancionatoria, la Superintendencia de Industria y Comercio también decidió archivar la actuación administrativa en favor de **GINO ALEXANDER GONZÁLEZ RODRÍGUEZ** por no encontrar pruebas que acreditaran su responsabilidad.

SEGUNDO: Que una vez notificada la Resolución Sancionatoria y dentro del término legal, la **EAB**, **DIEGO FERNANDO BRAVO BORDA** y **PAOLA MARÍA MIRANDA MORALES**, mediante comunicación radicada con el No. 12-185822-39 del 21 de marzo de 2018, interpusieron recurso de reposición en contra de la Resolución Sancionatoria con base en los siguientes argumentos:

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

² Modificado por el Decreto 19 de 2012.

³ La sociedad **COJARDÍN S.A. ESP** fue creada por **COOPJARDÍN** para poder prestar el servicio público de agua potable a usuarios finales. En adelante se referirá siempre a **COJARDÍN** para identificar a ambas personas jurídicas en relación con las conductas investigadas.

Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra una sanción

- La facultad sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio se encuentra caducada. En efecto, la conducta que originó la investigación (instalación de una válvula reguladora del caudal) se realizó el 18 de octubre de 2012, razón por la cual el término máximo con el que contaba la Superintendencia para proferir su decisión era el 18 de octubre de 2017, de acuerdo con el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009. La Superintendencia debe tener en cuenta que lo que es sancionable es la conducta y no sus efectos.
- La **EAB** no es competidor ni actual ni potencial de **COJARDÍN** pues, a diferencia de esta última, no es beneficiaria de grandes suministros de agua sino la proveedora.
- La Superintendencia de Industria y Comercio describió equivocadamente la cadena de producción de agua potable en la hoja No. 9 de la Resolución Sancionatoria.
- El mercado de captación, potabilización y distribución del recurso hídrico se configura como un monopolio natural, tal como lo reconoció el Informe Motivado, y por ende es imposible identificar competidores directos o indirectos de la **EAB**.
- La Superintendencia de Industria y Comercio se equivocó al sostener que la prestación del servicio público de acueducto en Bogotá se realiza bajo un modelo de libre competencia.
- No hay mercado de proveedores o de distribuidores mayoristas de grandes cantidades de agua potable, sino, por el contrario, un monopolio de la **EAB** en el proceso de captación, potabilización y distribución del recurso hídrico.
- La Superintendencia de Industria y Comercio se equivocó al señalar que la **EAB** es una comercializadora de agua potable en Bogotá D.C.
- La Superintendencia de Industria y Comercio se contradijo al sostener que la **EAB** ha incurrido en prácticas restrictivas de la competencia y al mismo tiempo afirmar que las ventas de agua en bloque han aumentado incluso después de la instalación de válvula de control hidráulico.
- Es inconcebible que la Superintendencia tome como prueba de la infracción a la libre competencia el hecho de que se hayan realizado estudios de factibilidad con miras a analizar la viabilidad y conveniencia para el Distrito de que la **EAB** extienda sus redes en el borde norte de Bogotá. Estos estudios ya se habían realizado con anterioridad y en el Plan de Ordenamiento Zonal del Norte se concluyó que la mejor manera de urbanizar ese sector era que *“las inversiones de acueducto y alcantarillado deben ser realizadas por los interesados en la valorización y uso de los precios, no por la EAAB”*, razón por la cual la **EAB** no había incorporado erogaciones para el horizonte 2004-2013 para prestación del servicio en el borde norte de Bogotá.
- No hay evidencia de que los efectos de la instalación de la válvula se hayan extendido por ocho (8) meses, prueba de ello es que la última queja presentada por los usuarios de **COJARDÍN** se dio el 26 de octubre de 2012.
- La Superintendencia no tuvo en cuenta que **COJARDÍN** tenía instaladas por lo menos dos (2) válvulas de control hidráulico al interior de su red como lo afirmó la Coordinación de Pequeños Prestadores de la Superintendencia Delegada para Acueducto, Alcantarillado y Aseo de la Superintendencia de Servicios Públicos. Esto demuestra que **COJARDÍN** podía manipular los niveles de servicio que le prestaba a sus usuarios.
- La información cargada en el Sistema Único de Información de Servicios Públicos (SUI) permite corroborar que en el mes de noviembre de 2012 se reportó que **COJARDÍN** facturó 63.939 m³, es decir, 13.939 m³ por encima de la cantidad de agua que según **COJARDÍN** era necesaria para atender eficientemente a sus usuarios, esto es, 50.000 m³. Esto comprueba que la instalación de la válvula no es la causa de la deficiencia en la prestación del servicio por parte de **COJARDÍN**.
- El negocio de cesión de posición contractual celebrado entre **COOPJARDÍN** y **COJARDÍN** es ineficaz en razón a que la Resolución 1972 de 2012 de la CRA señala: *“Por consiguiente es nula toda cesión, transacción o en general cualquier contrato hecho sobre las aguas derivadas, de acuerdo a lo establecido en la Ley.”*

Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra una sanción

- En ningún momento la **EAB** impidió el acceso a la red matriz por parte de **COJARDÍN**, lo que se trató fue limitar el caudal como consecuencia del consumo irresponsable de **COJARDÍN**. La Superintendencia debe tener en cuenta que no existe responsabilidad cuando el monopolista tiene legítima justificación para negar a su competidor el acceso a un activo, debe recordarse que *"la sola posición monopólica de la empresa controladora de la facilidad no la hace merecedora de ningún reproche legal, sino que es precisamente su negativa injustificada y/o abusiva la que pone en situación reprochable y configura una situación de competencia desleal"*. En este caso **COJARDÍN** incurrió en prácticas que ponen en peligro la integridad de la facilidad. Tanto es así que la Corte Constitucional por medio de la sentencia T-385 de 2013 solicitó a **COJARDÍN** que demostrara a la Superintendencia de Servicios Públicos que contaba con la infraestructura y mecanismos para garantizar la calidad del servicio y la expansión del servicio de alcantarillado y acueducto.
- La instalación de la válvula de control hidráulica por parte de la **EAB** está justificada en razón del artículo 6 de la Resolución CRA 759 de 2016 que le exige al proveedor de grandes cantidades de agua *"controlar y manejar todas las entradas y salidas de sus subsistemas de suministro, transporte y/o distribución, así como los de recolección, transporte, tratamiento y/o disposición final de aguas residuales; al igual que los sistemas de control y medición"*.
- Las decisiones de política de la **EAB** no las define el Gerente ni un comité interno, que además no está creado de acuerdo con las disposiciones internas de la **EAB**. Corresponde a la Junta Directiva determinar las políticas de la empresa, de acuerdo con el artículo 10 del Acuerdo 11 de 2010.
- Presidir espacios de discusión interna de una empresa no pueden ser tomados en cuenta como prueba de colaboración para ejecutar una práctica restrictiva de la competencia.
- Respecto a la venta de agua en bloque, la Superintendencia no tuvo en cuenta que para el momento de la investigación Bogotá no contaba con excedentes de disponibilidad, tal y como lo demuestra el oficio remitido por el **IDEAM** y que reposa en el expediente. Además debe tenerse en cuenta que el suministro de agua a otros municipios no se hacía por temas comerciales sino por colaboración con la región y que esto no significa que deba entregarse toda el agua que sea pedida a la **EAB**, más teniendo en cuenta el consumo predatorio de **COJARDÍN**.
- La entrega de grandes cantidades de agua sí es un servicio sustituible. En el proceso se demostró que la mejor fuente de abastecimiento para muchos municipios consiste en utilizar fuentes hídricas diferentes al agua en bloque, es así como algunos municipios han migrado hacia otras fuentes de abastecimiento. Ante esta situación, la Resolución 608 de 2012 y 759 de 2016, exigió que los prestadores, como **COJARDÍN**, realizar estudios para demostrar que la compra de agua en bloque es la opción más económica y hacer una proyección de demanda de su sistema de acueducto y alcantarillado; debe tenerse en cuenta que el representante legal de **COOPJARDÍN** reconoció no haber cumplido con este deber legal.
- Prueba de la sustituibilidad es que el señor **FELIPE DEL SANTO VALDENEBRO** manifestó que: *"(...) tenemos proyectado y estamos empezando a hacer estudios para mantener una planta de tratamiento propia, tomando las aguas del Río Bogotá (...)"*
- La Resolución Sancionatoria está fomentando el abuso de una facilidad esencial que se encuentra debidamente controlada por la **EAB** porque: (i) **COJARDÍN** no cumple con los requisitos mínimos exigidos por la norma técnica al no tener una red planificada, ni alcantarillado para las aguas residuales, (ii) no respeta los límites impuesto por la **CAR** para la explotación de agua otorgada a la **EAB**, (iii) no respeta la suspensión del Plan de Ordenamiento Zonal del Borde Norte de Bogotá, (iv) no paga el agua que se le está suministrando.
- Lo discutido en espacios de opinión, como lo era el que presidía **PAOLA MARÍA MIRANDA MORALES**, y la información intercambiada a través de correos electrónicos internos de la **EAB**, no pueden ser utilizados como prueba, debido a que de hacerlo se desconocería la protección al secreto profesional y el principio de inviolabilidad de la correspondencia interna de la **EAB**. Estas pruebas deben excluirse del acervo probatorio, de lo contrario la Resolución Sancionatoria estaría viciada de nulidad.

Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra una sanción

- La Superintendencia no tuvo en cuenta pruebas tales como: (i) quejas de usuarios informando problemas de la red de **COJARDÍN** incluso antes de la instalación de la válvula, esto prueba que los problemas de servicio de **COJARDÍN** no fueron consecuencia de la instalación de la válvula sino de la "deficiente infraestructura" de las redes de **COJARDÍN**; (ii) La declaración de **FELIPE DEL SANTO VALDENEBRO** donde acusa a la **EAB** de subir indiscriminadamente la presión del agua, con el fin de sacar a **COJARDÍN** de la competencia; (iii) dictamen de **JUAN SALDARRIAGA** quien afirma que **COJARDÍN** podría prestar correctamente el servicio incluso con una presión de 30 m.c.a. si hubiera cumplido con los requisitos de infraestructura establecidos por el RAS 2000.
- Respecto de la proporcionalidad de la sanción de la **EAB** la Superintendencia no tuvo en cuenta los criterios establecidos en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009 porque: (i) los usuarios de **COJARDÍN** representan el 0,01% del total de usuarios de agua potable en la ciudad de Bogotá; (ii) respecto del supuesto beneficio recibido por la conducta, la Superintendencia no tuvo en cuenta que el suministro de grandes cantidades de agua es una opción costosa tanto para los prestadores como para los usuarios, razón por la cual, y como fue explicado anteriormente, correspondía a **COJARDÍN** demostrar que no existe una opción más económica para continuar con su operación; (iii) la Superintendencia no tuvo en cuenta que la dinámica del suministro de grandes cantidades de agua impide la expansión del mismo, pues esto supone el aumento de costos hundidos ya que también tendrían que invertir en redes de alcantarillado; (iv) no existe afectación en el mercado debido a la instalación de la válvula, esto es evidente pues no existen quejas de los usuarios en el periodo de noviembre de 2012 a junio de 2013. Tampoco existe evidencia de contratos celebrados con otro prestador para suministrar el servicio en la zona de influencia de **COJARDÍN**; (v) la conducta procesal fue transparente, prueba de ello fue el inmediato acatamiento de la medida cautelar decretada por la Superintendencia; (vi) el mercado de venta de agua en bloque creció en el periodo 2009-2013; (vii) la política de pública del agua como eje del territorio nunca fue declarada ilegal ni suspendida. Debe tenerse en cuenta que lo único que hizo la **EAB** fue aplicar esta política.
- La Superintendencia tuvo en cuenta el patrimonio y los ingresos operacionales del año 2015 reportados por la **EAB**, no obstante, debió tener en cuenta que la válvula fue desinstalada en el año 2013.
- Respecto de la sanción impuesta a **DIEGO FERNANDO BRAVO BORDA**: (i) la Superintendencia fundamentó su decisión en noticias periodísticas y olvidó que las mismas no son prueba de la ocurrencia de hechos sino de la noticia o información; (ii) las intervenciones hechas en el Concejo de Bogotá y en los foros académicos no pueden ser tenidas como prueba (de acuerdo auto 330 de 2008 expedido por la Corte Constitucional) pues en estos escenarios "el funcionario defiende su punto de vista para los ciudadanos se enteren o bien de su opinión personal o institucional, mas no para lograr o perpetuar conductas anticompetitivas"; (iii) **DIEGO FERNANDO BRAVO BORDA** no podía diseñar e implementar la política pública pues esto no se encontraba dentro de sus funciones como gerente general; (iv) el hecho de manifestar que la **EAB** desea prestar directamente el servicio de acueducto directamente no puede ser tomado como prueba pues esta posibilidad está contemplada en la Ley 142 de 1994.
- Respecto de la sanción impuesta a **PAOLA MARÍA MIRANDA MORALES**: (i) no hacía parte de la junta directiva de la **EAB**, tampoco tenía bajo su subordinación a ninguno de los asesores que asistían a los espacios de discusión sobre la venta de agua en bloque; (ii) el grupo de discusión sobre la venta de agua en bloque, presidido por **PAOLA MARÍA MIRANDA MORALES**, no hacía parte del organigrama de la **EAB**, además fue por estos espacios que se logró evidenciar las deficiencias de **COJARDÍN** y; (iii) **PAOLA MARÍA MIRANDA MORALES** colaboró eficazmente durante todo el proceso y no tiene antecedentes relacionados con las restricciones al régimen de protección de la competencia.

TERCERO: Que una vez analizados los argumentos expuestos por el recurrente y de conformidad con el artículo 80 del Código de Procedimiento Administrativo y de Contencioso Administrativo, este Despacho resolverá el recurso de reposición presentado por los **INVESTIGADOS** contra la Resolución Sancionatoria.

Debe el Despacho comenzar, antes de resolver los argumentos presentados en el recurso de reposición, resaltando que en este punto de la investigación no existe duda alguna de que existió y se puso en marcha una política tendiente a eliminar la venta de agua en bloque, y que, en el marco de esta política, se instaló una válvula en el acueducto de **COJARDÍN**, compradora de agua en bloque

Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra una sanción

de la **EAB**, que suministra el servicio público de agua potable a usuarios finales. La existencia y puesta en marcha de dicha política fue incluso reconocida por los investigados.

En ese sentido, este Despacho se centrará en resolver los argumentos que, aunque no discuten los principales supuestos de las conductas sancionadas, cuestionan el carácter restrictivo de los comportamientos.

3.1. Consideraciones del Despacho en relación con la política de eliminación de agua en bloque

Tal y como se indicó en la Resolución Sancionatoria, esta Superintendencia halló diverso material probatorio que da cuenta de la existencia de una política corporativa de la **EAB** que tuvo como uno de sus propósitos la eliminación de la venta de agua en bloque.

Un ejemplo de tal circunstancia se encuentra el documento titulado “*EL AGUA COMO ORDENADOR DEL TERRITORIO - Política corporativa para la eliminación de la venta de agua en bloque y sustitución por otra alternativa de prestación del servicio*”⁴, el cual, desde su mismo encabezado, resulta ilustrativo de la finalidad que tenía la **EAB** de eliminar el mencionado esquema de comercialización.

El objetivo que se plantea en el referido archivo es el siguiente:

*“Dadas las razones atrás expuestas, la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá (EAAB) como parte de su política misional y en cumplimiento de las directrices del Plan Distrital de Desarrollo, **ha definido su Política Corporativa para la eliminación de la venta de agua en bloque y sustitución por otra alternativa de prestación del servicio** (...)”⁵.
(Subrayas y negrillas fuera del texto original).*

De lo anterior se colige que bajo la consigna “*el agua como ordenador del territorio*”, se creó una política corporativa encaminada a la eliminación de la venta del agua en bloque.

Al respecto se resalta que esta circunstancia desvirtúa, de entrada, uno de los argumentos de los investigados, según el cual no existió propiamente una política corporativa sino una política pública, frente a la cual la **EAB** no tenía injerencia y de la cual se presumía su legalidad. En efecto, tal y como se presenta expresamente, se trató de una política **corporativa** en el marco de la cual fue la **EAB** la que definió el objetivo de eliminar la venta de agua en bloque, así como las estrategias a seguir, que en efecto se ejecutaron.

De hecho, en el expediente –tal y como se expuso suficientemente en la Resolución Sancionatoria– existe abundante material que da cuenta de la creación de la política **corporativa** así como de su implementación.

Sin perjuicio de lo anterior, se recuerda que el hecho de que un comportamiento se desarrolle en virtud de una política pública no implica por sí mismo que este no pueda ser considerado como restrictivo. De esta forma, aun cuando el argumento del investigado fuera cierto –que no lo es–, ello no implica que no pudiera calificarse como restrictivo.

Además de lo expuesto, en la Resolución Sancionatoria se estableció con completa claridad que la **EAB** definió ciertas “estrategias” para la implementación de la política corporativa objeto de estudio, entre las cuales se encontraba una estrategia de comunicación para dar a conocer los supuestos riesgos y amenazas de la venta de agua en bloque, en escenarios académicos, empresariales y políticos⁶.

De esta divulgación existen diversas pruebas en el expediente como presentaciones, grabaciones, informes y comunicados de prensa, entre otros, en los que se hace expreso el objetivo de eliminación de la venta de agua en bloque.

⁴ Folio 229 (CD No. 2) del Cuaderno Público No. 2 del Expediente. Documento desglosado e incorporado al Cuaderno Reservado No.1 del Expediente. Archivo denominado “*Política (sic) corporativa para la EVAB 8 ago 2012*”.

⁵ *Ibidem*. Pág. 1.

⁶ *Ibidem*. Pág. 3

Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra una sanción

Sobre el particular, argumentaron los investigados que, de un lado, los informes de prensa no podían usarse como prueba, pues este tipo de documentos no tienen la potencialidad de probar los hechos, sino únicamente la existencia de la noticia y del otro, que tampoco podrían usarse pruebas relacionadas con temas discutidos en espacios de opinión ni la información intercambiada a través de correos electrónicos internos, pues ello desconoce abiertamente el secreto profesional y el principio de inviolabilidad de correspondencia interna.

En el mismo sentido, argumentaron que las presentaciones y declaraciones públicas realizadas por funcionarios como **DIEGO FERNANDO BRAVO BORDA** no podían usarse, pues solo reflejaban opiniones personales.

Al respecto, y en relación con los informes y comunicados de prensa usados como prueba, se reitera que, como se indicó en la Resolución Sancionatoria, de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, si bien los informes de prensa no tienen por sí solos la entidad suficiente para probar la existencia y veracidad de la situación que narran y/o describen, podrán tener eficacia probatoria si tienen conexidad y coincidencia con otros elementos probatorios que obren en el Expediente⁷.

Además, se recuerda que los informes de prensa usados en la Resolución Sancionatoria probaron justamente la divulgación de la política corporativa de eliminación de la venta de agua en bloque, por lo que resultaban pertinentes, conducentes y útiles. Carece de todo fundamento excluir pruebas en el marco de un ordenamiento que no prevé tarifa legal, más cuando las pruebas resultan de la mayor idoneidad para probar un hecho. En efecto, los anuncios o informes en medios de comunicación pública son, si se quiere, el medio de prueba más conducente para acreditar la divulgación de un comportamiento.

Así mismo, es claro que las pruebas usadas relacionadas con pronunciamientos públicos de funcionarios como **DIEGO FERNANDO BRAVO BORDA** no se trataron, como lo pretenden presentar los investigados, de opiniones personales, sino de declaraciones en nombre de la **EAB** en la que se hacía expresa la política de eliminación de agua en bloque y su sustitución mediante la prestación directa del servicio por parte de la **EAB**, por lo que el argumento carece de fundamento. De hecho, no se trataron de opiniones aisladas sino de declaraciones rendidas desde un perfil institucional, el de la **EAB**.

De otro lado, frente al uso de correspondencia interna de la empresa, así como documentos encontrados en los computadores de los funcionarios de la **EAB**, se recuerda que esta Superintendencia cuenta con las facultades para recaudar y usar las pruebas encontradas en dispositivos como computadores y celulares, incluyendo correos electrónicos, documentos y cualquier otro tipo de prueba.

Respecto de las facultades de la entidad para solicitar y recaudar cualquier clase de información, con el fin de cumplir con sus funciones, debe tomarse en consideración el artículo 15 de la Constitución Política que señala:

"Artículo 15. Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas.

En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución.

La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Sólo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley.

Para efectos tributarios o judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y

⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección B. Consejero Ponente: DANIL ROJAS BETANCOURTH. Sentencia del 29 de agosto de 2014. Radicación número: 25000-23-26-000-1997-14961-01(28373).

Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra una sanción

demás documentos privados, en los términos que señale la ley. (Destacado fuera de texto)

Como puede apreciarse, según lo establecido en el último inciso de la norma, la **Superintendencia de Industria y Comercio**, en su calidad de autoridad administrativa con facultades de inspección, vigilancia y control⁸, en relación con el régimen de libre competencia económica, entre otros asuntos, está autorizada por la Constitución para exigir la presentación de cualquier clase de información, pública o privada, que considere necesaria para el cumplimiento de tales funciones. Ese es precisamente el alcance que de esta facultad se desprende no solo del texto del precepto constitucional, sino de los pronunciamientos que sobre el mismo ha realizado la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia⁹.

Por su parte, los numerales 62, 63 y 64 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, “*por medio del cual se modifica la estructura de la Superintendencia de Industria y Comercio, se determinan las funciones de sus dependencias y se dictan otras disposiciones*”, desarrollan esta facultad constitucional, así:

“Artículo 1. Funciones Generales. La Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las funciones establecidas en la Ley 155 de 1959, el Decreto 3307 de 1963, el Decreto 1302 de 1964, los Decretos 3466 y 3467 de 1982, el Decreto 2876 de 1984, el Decreto 2153 de 1992, el Decreto 2269 de 1993, la Ley 256 de 1996, la Ley 446 de 1998, la Ley 527 de 1999, el Decreto 1130 de 1999, el Decreto 1747 de 2000, la Ley 643 de 2001, el Decreto 3081 de 2005, el Decreto 3144 de 2008, la Ley 1266 de 2008, las Leyes 1335, 1340 y 1341 de 2009, la Ley 1369 de 2009, el Decreto 4130 de 2011, y el Decreto 4176 de 2011, y aquellas que modifiquen o adicionen las anteriores, las demás que le señalen las normas vigentes y las que le delegue el Presidente de República.

La Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las siguientes funciones:

(...)

62. Realizar visitas de inspección, decretar y practicar pruebas y recaudar toda la información conducente, con el fin de verificar el cumplimiento de las disposiciones legales cuyo control le compete y adoptar las medidas que correspondan conforme a la ley.

63. Solicitar a las personas naturales y jurídicas el suministro de datos, informes, libros y papeles de Comercio que se requieran para el correcto ejercicio de sus funciones.

64. Interrogar, bajo juramento y con observancia de las formalidades previstas para esta clase de pruebas en el Código de Procedimiento Civil, a cualquier persona cuyo testimonio pueda resultar útil para el esclarecimiento de los hechos durante el desarrollo de sus funciones.

(...)” (Subrayado y destacado fuera de texto).

Así mismo, en la Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio, documento en el cual se reúnen en un solo cuerpo normativo las instrucciones y reglamentaciones generales que rigen a la Superintendencia de Industria y Comercio y que se encuentran vigentes, se establece en el Título I, Capítulo Séptimo, las reglas aplicables a las visitas de inspección, en la cual se establece también que esta Superintendencia podrá recaudar, y por lo tanto usar, cualquier tipo de información y documentos, dentro de los que se incluye, por supuesto, los documentos y comunicaciones electrónicas.

Es pertinente agregar un fundamento adicional para las actuaciones que adelanta la Superintendencia de Industria y Comercio, en particular en aquellos eventos en los que el desarrollo de las funciones de la entidad implique la recaudación de información consistente en datos personales o datos sensibles. Se trata de la Ley Estatutaria 1581 de 2012, sobre protección de datos personales. Esta norma, además de definir los datos personales y los datos sensibles, en su artículo 10º establece que no es necesaria la autorización del titular de los datos para efectos de su tratamiento cuando se trate de “*información requerida por una entidad pública o administrativa en ejercicio de sus funciones legales*”,

⁸ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C – 570 de 2012.

⁹ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C – 505 de 1999. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 4 de septiembre de 2007. Ref. 05001-22-000-2007-00230-01.

Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra una sanción

debiéndose aclarar que el concepto de "tratamiento", según el artículo 3º de la misma norma, incluye la recolección u obtención de los datos personales.

Es importante anotar que la Corte Constitucional avaló la constitucionalidad de la facultad que se viene comentando. Sobre el particular, la Corporación admitió que las autoridades administrativas están facultadas para requerir el suministro de determinada información siempre que cumplan con las obligaciones de protección y garantía que se derivan del derecho fundamental a la intimidad, circunstancia que se atiende si la adquisición de la información reúne dos condiciones: en primer lugar, que el recaudo de la información tenga una relación directa con las funciones desarrolladas por la autoridad administrativa y, en segundo lugar, que la entidad mantenga el carácter reservado de esa información.

La Corte Constitucional dijo expresamente lo siguiente:

"En relación, con las autoridades públicas o administrativas, señaló la Corporación que tal facultad "no puede convertirse en un escenario proclive al abuso del poder informático, esta vez en cabeza de los funcionarios del Estado. Así, el hecho que el legislador estatutario haya determinado que el dato personal puede ser requerido por toda entidad pública, bajo el condicionamiento que la petición se sustente en la conexidad directa con alguna de sus funciones, de acompañarse con la garantía irrestricta del derecho al hábeas data del titular de la información. En efecto, amén de la infinidad de posibilidades en que bajo este expediente puede accederse al dato personal, la aplicación del precepto bajo análisis debe subordinarse a que la entidad administrativa receptora cumpla con las obligaciones de protección y garantía que se derivan del citado derecho fundamental, en especial la vigencia de los principios de finalidad, utilidad y circulación restringida.

Para la Corte, esto se logra a través de dos condiciones: (i) el carácter calificado del vínculo entre la divulgación del dato y el cumplimiento de las funciones de la entidad del poder Ejecutivo; y (ii) la adscripción a dichas entidades de los deberes y obligaciones que la normatividad estatutaria predica de los usuarios de la información, habida consideración que ese grupo de condiciones permite la protección adecuada del derecho"¹⁰. (negritas en el texto original)

Así, las facultades ejercidas por esta Entidad en desarrollo de las visitas de inspección realizadas se basan en el precepto constitucional citado y, por supuesto, en las normas referidas. A partir de una interpretación sistemática puede afirmarse que la Superintendencia dentro de sus facultades legales cuenta con la prerrogativa de solicitar a cualquier persona papeles de comercio, documentos de cualquier tipo e información, realizar entrevistas y realizar visitas de inspección con el fin de velar por la observancia de las normas de libre competencia económica.

Tanto es cierto lo anterior que recientemente el Consejo de Estado señaló que en función de velar por la observancia de las disposiciones sobre protección de la competencia, la Superintendencia de Industria y Comercio es competente para requerir, de cualquier persona natural o jurídica, la información que estime necesaria para el debido cumplimiento de sus funciones. Esa información pertinente con el fin de verificar el cumplimiento de las disposiciones legales puede ser requerida de cualquier persona, incluso de aquéllas que no sean sujetos investigados por parte de esta Entidad¹¹.

Es importante resaltar, con fundamento en lo que ha sido expuesto, que la actuación de la Superintendencia de Industria y Comercio cuenta entonces con fundamentos constitucionales y legales que han sido expresamente reconocidos por las Altas Cortes, cuyos lineamientos en esta materia han sido aplicados de manera coherente por otras autoridades jurisdiccionales. A manera de ejemplo, es pertinente mencionar la posición que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca tiene sobre el particular, pues esta Corporación ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la legalidad de unas pruebas recaudadas (correos electrónicos) por la Superintendencia de Industria y Comercio en el marco de una averiguación preliminar por prácticas restrictivas de la libre competencia económica (colusión en una licitación pública).

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia C – 748 de 2011.

¹¹ Sentencia del 20 de noviembre de 2014, Exp. 25000 23 24 000 2008 00137 01, M.P. Guillermo Vargas Ayala.

Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra una sanción

Dice la providencia lo siguiente¹²:

"(...) para la Sala resulta imperativo establecer en primer lugar la idoneidad de las pruebas recaudadas y el sustento de su legalidad, específicamente en cuanto a los medios de pruebas obtenidos del correo electrónico del demandante, toda vez que la parte actora refiere que este procedimiento en el desarrollo de la sede administrativa, se llevó a cabo vulnerando sus derechos a la intimidad, a la correspondencia y al secreto de las comunicaciones.

(...)

En virtud de lo anterior, se tiene que la revisión de los correos electrónicos por parte de la SIC en el proceso administrativo sancionatorio, no vulneró los derechos fundamentales del demandante, pues la entidad demandada actuó en ejercicio de sus funciones, y en consecuencia las pruebas recaudadas no adolecen de vicios de inconstitucionalidad o ilegalidad que impidan su valoración, motivo por el cual la Sala desestimaré el cargo propuesto en la demanda." (Destacado fuera de texto).

Por todo lo expuesto, es claro que toda la información recaudada por esta Superintendencia y que fue usada como prueba en la Resolución Sancionatoria es plenamente válida y no viola ningún derecho de los investigados, por lo que los argumentos de los investigados en este sentido carecen de fundamento.

En la misma línea se advierte que la información usada por el Despacho en la resolución objeto de impugnación, lejos está de constituirse como secreto profesional. En efecto, de acuerdo con la Corte Constitucional, el secreto profesional se define como:

"El secreto profesional nace de una relación de confianza que surge entre el profesional y su cliente a propósito de los asuntos objeto de su relación: "En el secreto profesional descansa parte muy importante de la confianza que debe surgir y permanecer entre el profesional y su cliente a propósito de los asuntos objeto de su relación. Mal se podría asegurar el éxito de la gestión confiada a aquél si los temores de quien requiere sus servicios le impiden conocer en su integridad los pormenores de la situación en que se ocupa"¹³.

Tal y como se evidencia de las pruebas usadas, ninguna de ellas obedece a una relación entre cliente y profesional. Por el contrario, como ya se ha demostrado suficientemente se trata de información de una política corporativa que, además, fue ampliamente divulgada.

De hecho, entre otras pruebas frente a las que se dirige la impugnación de los investigados, se encuentran diversos documentos que hacen referencia al comité denominado "CEVAB", sigla que, según pudo establecer esta Superintendencia con los demás elementos probatorios del Expediente, correspondía al entonces existente "Comité para la Eliminación de la Venta de Agua en Bloque". Entre ellos un proyecto de acta (versión borrador) elaborado por **PAOLA MARÍA MIRANDA MORALES**, dirigido a "MIEMBROS CEVAB", en el que se definían algunas tareas orientadas a impulsar la eliminación de la venta de agua en bloque, como se expone a continuación¹⁴:

"Bogotá, 24 de Agosto de 2012

*PARA: MIEMBROS DEL CEVAB
DE: Asesora de Gerencia General
ASUNTO: Compromisos Plan de Trabajo*

Comedidamente me dirijo a ustedes con el fin de recordarles los compromisos definidos por cada gerencia en la reunión ordinaria del día de ayer.

Gerencia Jurídica

¹² Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sección Primera. Subsección A. Sentencia de 23 de abril de 2015. Exp. No. 25 00023 41 000-2014-00680-00. M.P. Claudia Elizabeth Lozzi Moreno.

¹³ Corte Constitucional. Sentencia C 301 de 2012.

¹⁴ Folio 229 (CD No. 2) del Cuaderno Público No. 2 del Expediente. Documento desglosado e incorporado al Cuaderno Reservado No.1 del Expediente. Archivo denominado "acta 23 de agosto 2012 – borradores".

Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra una sanción

1. Presentación de las alternativas jurídicas para la sustitución de la venta de agua en bloque. (jueves 30 de agosto)

(...)" [Subrayas y negrillas fuera del texto original].

De esta forma, es claro que se trata de documentos que dan cuenta de la ejecución de la política corporativa que aquí se considera restrictiva y no de una relación protegida por el secreto profesional.

Ahora bien, además de lo anterior, esta y otras pruebas dan cuenta, como se demostró en la Resolución Sancionatoria, de la efectiva existencia de un comité que tenía como finalidad ejecutar la política de eliminación y consecuente sustitución de la venta de agua en bloque. Frente a este hecho probado argumentaron los investigados que ese comité no existía, pues no había evidencia de su conformación formal. Sobre el particular basta señalar que el hecho de que se hubiera o no creado conforme con los protocolos o formalidades que pudieran existir al interior de la **EAB** resulta irrelevante, pues lo que se probó sin ninguna duda es que existió un grupo de la **EAB**, denominado **CEVAB**, en el marco del cual se tomaron determinaciones para ejecutar una política de eliminación de la venta de agua en bloque, incluyendo la instalación de la válvula y las platinas en el acueducto de **COJARDÍN**.

Como muestra de lo anterior, se cita el contenido del siguiente proyecto de acta del 28 de agosto de 2012¹⁵:

"Bogotá, 28 de Agosto de 2012

Estimados Miembros del **comité**.

Comedidamente me dirijo a ustedes con el fin de recordarles los compromisos adquiridos en la reunión ordinaria.

Gerencia Jurídica -Gemma Bordamalo

1. En la presentación sobre las alternativas legales de la sustitución de la venta de agua en bloque, incluir explicación sobre si legalmente la prestación domiciliaria puede extenderse por fuera del perímetro urbano.
2. Programar para la reunión ordinaria de la próxima semana, el fundamento jurídico de la ilegalidad de la venta de agua en bloque.

(...)" [Subrayas fuera del texto original].

Otro proyecto de acta que llama la atención del Despacho es del 3 de septiembre de 2012¹⁶, cuyos apartes se citan a continuación:

"Bogotá, 03 de septiembre de 2012

Estimados Miembros del comité.

Me dirijo a ustedes con el fin de recordarles los compromisos adquiridos en la reunión ordinaria del pasado 30 de agosto.

Gerencia Jurídica – Gemma Bordamalo, Gloria Lucía Álvarez, Beatriz Helena

1. Revisar el convenio de Aguas de la Sabana y los términos del contrato sobre la zona industrial de Cota y Funza en conjunto con Servicio al Cliente.
2. Ajustar la presentación para que exista coherencia con la política de la eliminación de la VAB. Completar la presentación con los 3 escenarios: prestación directa sin acuerdos, prestación directa con acuerdos y concurrencia de prestatarios. (miércoles 05 de septiembre)". [Subrayas fuera del texto original].

¹⁵ Folio 229 (CD No. 2) del Cuaderno Público No. 2 del Expediente. Documento desglosado e incorporado al Cuaderno Reservado No.1 del Expediente. Archivo denominado "acta 28 de agosto 2012 – borradores".

¹⁶ Folio 229 (CD No. 2) del Cuaderno Público No. 2 del Expediente. Documento desglosado e incorporado al Cuaderno Reservado No.1 del Expediente. Archivo denominado "acta 30 de agosto 2012 – borradores".

Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra una sanción

Incluso, existe otro documento, elaborado posteriormente pero en cuya titulación no se establece fecha¹⁷, que dispone un contenido muy similar:

"Apreciados Miembros del comité.

Me dirijo a ustedes con el fin de recordarles los compromisos adquiridos en la reunión ordinaria del día de ayer.

Gerencia Jurídica – Gemma Bordamalo, Gloria Lucía Álvarez, Beatriz Helena

1. Ajustar la presentación para que sea acorde con la política de la eliminación de la venta de agua en bloque.
2. Incluir la necesidad de tener una concesión para suscribir contratos de interconexión, en la diapositiva del escenario de la prestación directa sin acuerdo.
3. Enviar la presentación ajustada (viernes 07 de septiembre). [Subrayas fuera del texto original].

Estos archivos dan cuenta de la continuidad con que se revisaba la efectiva implementación de la política de eliminación de la venta de agua en bloque y de la intención de la **EAB** de participar en el mercado de comercialización de agua potable.

Además, y a manera de paréntesis, se resalta que contrario a lo afirmado por **PAOLA MARÍA MIRANDA MORALES**, su participación fue activa y relevante en la ejecución de las conductas que se acreditaron como restrictivas al margen de la naturaleza institucional que el grupo por ella liderado tuviera. En efecto, como se probó suficientemente en la Resolución Sancionatoria, fue en el marco del grupo que ella lideraba que se tomaron las decisiones que resultan fundamentales para las conductas abusivas adelantadas por la **EAB**.

Así mismo, existen otros proyectos de actas que verifican la existencia de la política corporativa objeto de estudio y que corresponden al denominado "Comité VAB", esto es, comité de venta de agua en bloque. Al respecto, vale la pena citar el siguiente proyecto de acta del 3 de octubre de 2012¹⁸, en el que se hace alusión expresa a una restricción en la venta de agua en bloque por parte de la **EAB**, que pretende ser justificada en la titularidad de la concesión que posee esta empresa:

ACTA DE REUNIÓN – COMITÉ VAB (3 DE OCTUBRE DE 2012)

Acta de Reunión

NOMBRE DEL EVENTO O ACTIVIDAD	Comité VAB		
FECHA	03 Octubre 2012	LUGAR	Sala de juntas de asesores en el 6° piso
HORA INICIO	9:00 am	HORA FINALIZACIÓN	11:00 am

Compromisos

COMPROMISO	AREA ENCARGADA / RESPONSABLE	FECHA	ESTADO	OBSERVACIONES
------------	------------------------------	-------	--------	---------------

(...)

¹⁷ Folio 229 (CD No. 2) del Cuaderno Público No. 2 del Expediente. Documento desglosado e incorporado al Cuaderno Reservado No.1 del Expediente. Archivo denominado "acta 04 de septiembre 2012 – borradores".

¹⁸ Folio 229 (CD No. 2) del Cuaderno Público No. 2 del Expediente. Documento desglosado e incorporado al Cuaderno Reservado No.1 del Expediente. Archivo denominado "Acta Reunion (sic) 03 de octubre – borradores".

Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra una sanción

4. Sustentar por que la EAAB no abusa de su <u>posición dominante</u> con la restricción de la venta de agua en bloque, ya que somos nosotros los titulares de la concesión.	Gerencia Jurídica	Miércoles 10 de octubre de 2012	P	
--	-------------------	---------------------------------	---	--

(Resaltado fuera del archivo original)

Fuente: Información obrante en el Expediente

El documento citado resulta de gran relevancia en la medida en la que la propia **EAB** reconoce, de un lado, su posición dominante, y del otro, el eventual abuso que constituiría la restricción de venta en agua en bloque.

Con estas y muchas otras pruebas que están expuestas en la Resolución Sancionatoria, este Despacho acreditó la existencia de la **política corporativa** de la **EAB** de acabar con el mercado de venta de agua en bloque, así como de la intención real de prestar el servicio directamente en aquellas zonas en las que se prestaba a través de la venta de agua en bloque.

Ese interés real fue negado por los investigados en su recurso de reposición, al afirmar que si bien se habrían realizado estudios de prefactibilidad en determinadas zonas, ello no implicaba un interés real de prestar el servicio, pues, entre otras cosas era necesario el aval el en Plan de Ordenamiento Territorial.

Sobre el particular este Despacho resalta que, en primer lugar, no fueron los estudios de prefactibilidad la única prueba para concluir sobre el interés real de **EAB** de prestar el servicio y, en segundo lugar, que el hecho de que no esté aprobado por la autoridad competente o que no hubiera podido ejecutarse no desmiente el interés o intención de prestar el servicio.

Como ejemplo de las pruebas usadas por esta Superintendencia para acreditar el interés real de sustituir la venta de agua en bloque por la prestación directa, se encuentra el ya citado documento titulado "EL AGUA COMO ORDENADOR DEL TERRITORIO - Política corporativa para la eliminación de la venta de agua en bloque y sustitución por otra alternativa de prestación del servicio"¹⁹, el cual estableció expresamente como uno de sus objetivos, evaluar alternativas que abarcan la prestación directa de los servicios de acueducto y alcantarillado por parte de la **EAB**:

2. Evaluar las alternativas técnicas, financieras, comerciales, y legales para garantizar de manera sustentable el suministro de agua en los municipios en los que actualmente se vende agua en bloque.

(...)

- Revisar factibilidades y viabilidades de servicio ya otorgadas en los municipios de interés. (Actividad)

(...)

- Evaluar las alternativas técnicas y económicas, incluyendo la prestación directa de los servicios de acueducto y alcantarillado.

(...)"

El documento permite también advertir que existían unos municipios que resultaban "de interés" para la política de eliminación de venta de agua en bloque y que estaban destinados a ser "revisados" como parte de la evaluación de alternativas para el suministro de agua. Además, el documento tiene un cuadro que define objetivos, implicaciones y responsables de la política en mención, y que dispone además lo siguiente²⁰:

¹⁹ Folio 229 (CD No. 2) del Cuaderno Público No. 2 del Expediente. Documento desglosado e incorporado al Cuaderno Reservado No.1 del Expediente. Archivo denominado "Política (sic) corporativa para la EVAB 8 ago 2012". Pág. 2 y 3.

²⁰ Ibidem. Pág. 4.

Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra una sanción

RESPONSABLES DE LA POLÍTICA CORPORATIVA PARA LA ELIMINACIÓN DE LA VENTA DE AGUA EN BLOQUE



Resaltado fuera del texto original
Fuente: Información obrante en el Expediente

Esta gráfica muestra claramente como un objetivo de la política objeto de estudio la prestación directa de la EAB a los municipios, proyecto que, como se advierte, tendría implicaciones en materia de plan de desarrollo.

Además de las pruebas citadas, este Despacho acreditó la existencia del interés real de prestar el servicio por parte de la EAB por diversas pruebas más, entre las que se incluyen actas, presentaciones, declaraciones, información de las autoridades competentes, entre otras, que incluso acreditan la ejecución de trámites para lograr la sustitución de la venta de agua en bloque por la prestación directa del servicio, por lo que el argumento de los investigados carece de fundamento.

Aunado a lo anterior, este Despacho logró acreditar que esa intención de la EAB se habría materializado respecto de COPJARDÍN, al buscar limitar el caudal y la presión de su prestación. Sobre el particular, en la Resolución Sancionatoria se citó, entre otros, el proyecto de acta de reunión del denominado "Comité VAB" del 19 de septiembre de 2012²¹, que dispone lo siguiente.

Acta de Reunión

NOMBRE DEL EVENTO O ACTIVIDAD: Comité VAB

FECHA: 19 Septiembre 2012 LUGAR: Sala de juntas de asesores en el 6° piso

(...)

Compromisos

COMPROMISO	AREA ENCARGADA / RESPONSABLE	FECHA	ESTADO	OBSERVACIONES
------------	------------------------------	-------	--------	---------------

(...)

²¹ Folio 229 (CD No. 2) del Cuaderno Público No. 2 del Expediente (Documento desglosado e incorporado al Cuaderno Reservado No.1 del Expediente). Archivo denominado "acta 19 de septiembre 2012 – borradores".

Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra una sanción

8. Soporte jurídico para elaborar una carta dirigida a Sistema Maestro para el control de caudal en Copjardín.	Gerencia Jurídica - Dra. Gemma Bordamalo	Lunes 24 de Septiembre de 2012	P	
9. Presentar en el comité la explicación técnica sobre cómo funcionaría la regulación de caudal en Copjardín.	Gerencia Sist. Maestro	Miércoles 26 de Septiembre de 2012	P	

Fuente: Información obrante en el Expediente.

Este documento permite evidenciar que la **EAB** tuvo un real propósito de controlar, regular y con ello limitar el caudal de **COJARDÍN**, y que tal fin buscó ser respaldado jurídica y técnicamente antes de llevarse a cabo.

En línea con lo anterior, en el acta de reunión del 3 de octubre de 2012²², se fijó un nuevo compromiso de expedir un concepto jurídico que respaldara la instalación de la válvula reguladora de caudal en la red de **COJARDÍN**.

Acta de Reunión

NOMBRE DEL EVENTO O ACTIVIDAD Comité VAB

FECHA 03 Octubre 2012 LUGAR Sala de juntas de asesores en el 6° piso

(...)

8. Expedir concepto que respalde la instalación de la válvula para la regulación del caudal de Coopjardín.	Gerencia Jurídica	Miércoles 10 de octubre de 2012	P	
--	-------------------	---------------------------------	---	--

Fuente: Información obrante en el Expediente

Finalmente, en el acta de reunión del 11 de octubre de 2012²³ se plasmaron compromisos relacionados ya directamente con la instalación de la válvula para la regulación del caudal de **COJARDÍN**. El acta alude además a la necesidad de emitir un concepto jurídico que soportara tal procedimiento, de preparar documentos que justificaran el no aumento del suministro de agua en bloque y de investigar los cobros que realizaba **COJARDÍN** por metro cúbico a algunos de sus clientes:

Acta de Reunión

NOMBRE DEL EVENTO O ACTIVIDAD Comité VAB

FECHA 11 Octubre 2012 LUGAR Sala de juntas de asesores en el 6° piso

(...)

²² Folio 229 (CD No. 2) del Cuaderno Público No. 2 del Expediente (Documento desglosado e incorporado al Cuaderno Reservado No.1 del Expediente). Archivo denominado "Acta Reunión (sic) 03 de octubre- borradores".

²³ Folio 229 (CD No. 2) del Cuaderno Público No. 2 del Expediente (Documento desglosado e incorporado al Cuaderno Reservado No.1 del Expediente). Archivo: "acta 11 de octubre 2012-borradores".

Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra una sanción

6. Instalar la válvula para la regulación del caudal que suministra la EAAB a Coopjardín.	Sistema Maestro	Jueves 18 de octubre de 2012	P	
7. Emitir el concepto Jurídico para la instalación de la válvula a Coopjardín.	Gerencia Jurídica	Miércoles 17 de octubre de 2012	E	
8. Presentar documento de vulnerabilidad, costos y excedentes para no aumentar el suministro de agua en bloque.	Sistema Maestro	Miércoles 17 de octubre de 2012	P	
9. Investigar el cobro que realiza Coopjardín por m ³ a la Escuela de ingenieros e indicar la diferencia tarifaria entre la EAAB y Coopjardín.	Sistema Maestro - Gerencia de Planeamiento	Miércoles 17 de octubre de 2012	P	

Fuente: Información obrante en el Expediente

Tal y como se indicó en la Resolución Sancionatoria, llama especialmente la atención de este Despacho el compromiso de "Investigar el cobro que realiza Coopjardín por m³ a la Escuela de ingenieros e indicar la diferencia tarifaria entre la EAB y Coopjardín", ya que permite advertir un interés de la EAB de conocer estrategias de negocio de su único potencial competidor en el mercado de acueducto en la zona del borde norte de Bogotá, y de comparar tal información con su propia gestión, al tiempo que emprendía acciones para afectar la operación de tal agente económico. Para el Despacho, este actuar resulta demostrativo de que detrás de la instalación de los dispositivos de control del caudal existía un interés por parte de la EAB de desplazar a COJARDÍN y atender en su lugar a los usuarios de la zona.

En ese sentido, y contrario a lo afirmado por los recurrentes, existió un interés real de la EAB de prestar el servicio en las zonas en las que se prestaba a través de la venta de agua en bloque y, en concreto, en la zona donde COJARDÍN prestaba el servicio.

3.2. En relación con la instalación de la válvula de reducción de caudal en las instalaciones de COJARDÍN como un acto de abuso de posición dominante

Además del probado interés de la EAB prestar el servicio en la zona en la que lo prestaba COJARDÍN, en la Resolución Sancionatoria este Despacho probó suficientemente la efectiva instalación de la válvula de control de caudal y de otros dispositivos que apuntaron a la reducción de la presión en la red de este prestador, circunstancia que los propios investigados aceptaron y que se acredita, entre otros, con el documento de la EAB denominado "ACTIVIDADES REALIZADAS EN SISTEMA ACUEDUCTO COOPJARDIN ESP"²⁴ y expedido el 22 de octubre de 2012:



²⁴ Folios 1100 a 1114 del Cuaderno Público No. 8 del Expediente.

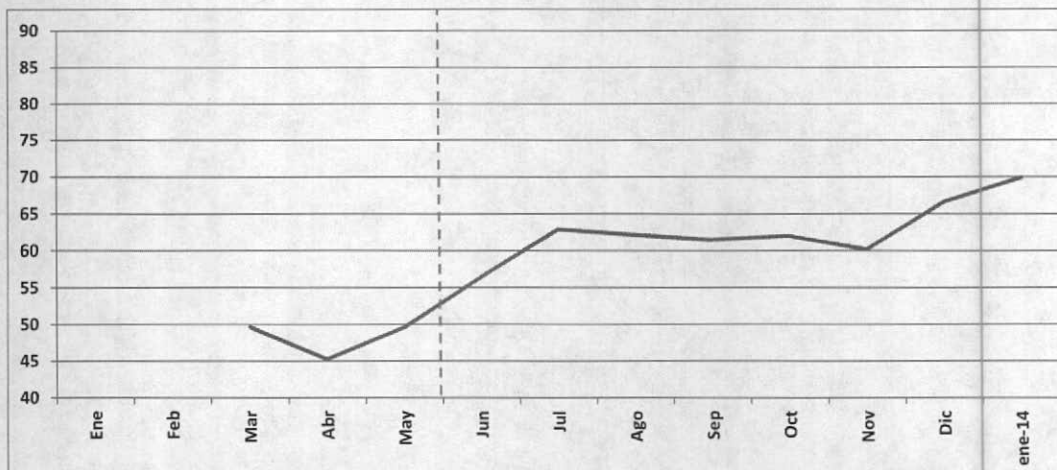
Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra una sanción

La instalación referida, además de ser reconocida por la misma **EAB**, quedó constatada mediante un video que obra en el Expediente²⁵. Incluso, esta Superintendencia verificó su puesta en marcha y, en virtud de ello, adoptó mediante la Resolución No. 35988 del 14 de junio de 2013²⁶ una medida cautelar ordenando "(...) que la EAB retir[ara] la platina reductora de caudal y la válvula reductora de presión en razón a que estas dos acciones realizadas por la EAB además de atentar contra la libre competencia, están (sic) poniendo en peligro la salud y la vida de miles de personas entre ellos más de 35.000 niños"²⁷. La medida cautelar se cumplió por parte de la **EAB** el 20 de junio de 2013, de manera que la válvula estuvo instalada y en operación durante ocho meses, prolongando los efectos de su instalación (como parte de la política general de eliminación de agua en bloque) hasta junio de 2013.

De esta forma, queda plenamente demostrado para el Despacho que la **EAB**, en el marco de una política corporativa, buscó la eliminación de la venta de agua en bloque, apuntó con ello hacia la prestación directa del servicio público de acueducto a usuarios finales en los municipios donde operaban sus clientes de agua en bloque y, en línea con lo anterior, procuró reservarse para sí específicamente el mercado de Bogotá, propósito que, además de traer intrínseco el potencial desplazamiento de **COJARDÍN**, estuvo acompañado de actos tendientes a afectar su operación.

Por otro lado, está igualmente probado que la instalación de la válvula implicó una disminución en la presión del agua, según se evidencia en la siguiente gráfica en la que se representa la presión del agua recibida por **COJARDÍN** entre enero de 2013 y enero de 2014.

Presiones en el suministro del agua en bloque por la EAB a COPJARDÍN. En metro de columna de agua (m. c. a.) (Enero 2013 a enero 2014)



*La línea inicia discontinua porque la **EAB** no reportó información para febrero.

Fuente: Elaboración SIC con base en la información que obra en el Expediente²⁸.

Tal y como se evidencia de la gráfica expuesta, en el primer semestre del 2013, es decir, entre enero y junio de ese año, los niveles de presión reportados por la **EAB** para el comprador de agua en bloque **COJARDÍN** tuvieron un promedio de 50 m.c.a. Mientras que a partir del mes de julio, es decir, luego del retiro de la válvula reductora y las platinas de orificio reducido el 20 de junio de 2013, en cumplimiento de la medida cautelar decretada por esta Superintendencia²⁹, los niveles de presión

²⁵ Folio 984 del Cuaderno Público No. 8 del Expediente. CD rotulado "COJARDIN. VIDEO INSTALACION PLANTINA REDUCTORA PRESION".

²⁶ Folios 1177 a 1203 del Cuaderno Público No. 9 del Expediente.

²⁷ Resolución SIC No. 35988 del 14 de junio de 2013.

²⁸ Elaboración basada en información obrante en folios 2398 a 2407 del Cuaderno Público No. 15 y folio 3767 del Cuaderno Público No. 19 del Expediente.

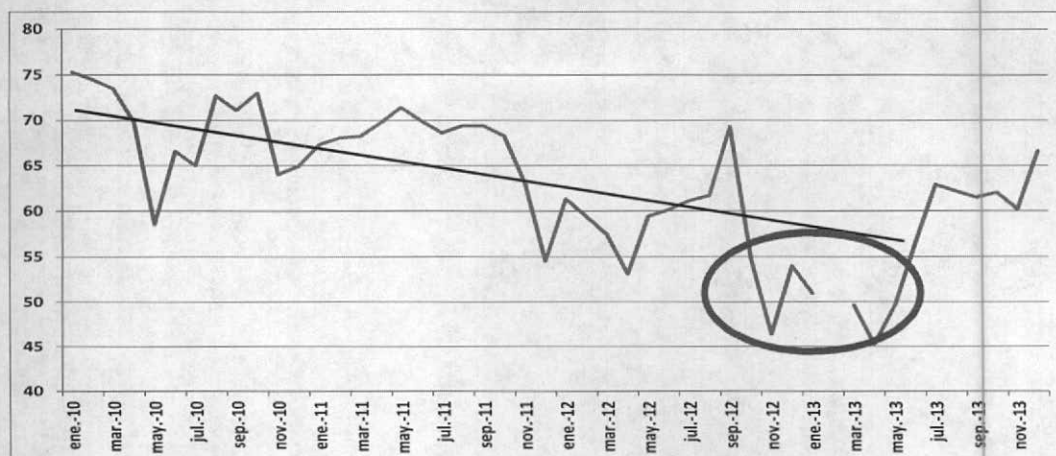
²⁹ Comunicación No. 12-185822-95-1 del 21 de junio de 2013. Folios 1286 a 1291 del Cuaderno Público No. 9 del Expediente.

Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra una sanción

aumentaron gradualmente mes a mes, hasta niveles de 69.9 m.c.a. en enero de 2014, lo que hace evidente que la presión se vio afectada mientras estuvo instalada la válvula en la red de **COJARDÍN**.

En el mismo sentido, la siguiente gráfica ilustra los niveles de presión del agua suministrada a **COJARDÍN** por parte de la **EAB**, durante el periodo comprendido entre enero de 2010 y noviembre de 2013:

Evolución de la presión en el suministro de agua en bloque por la EAB a COJARDÍN. En metro de columna de agua (m. c. a.) (Enero de 2010 a diciembre de 2013)



*La línea es discontinua porque la **EAB** no reporta información para el mes de febrero de 2013.

Fuente: Elaboración **SIC** con base en la información que obra en el Expediente³⁰.

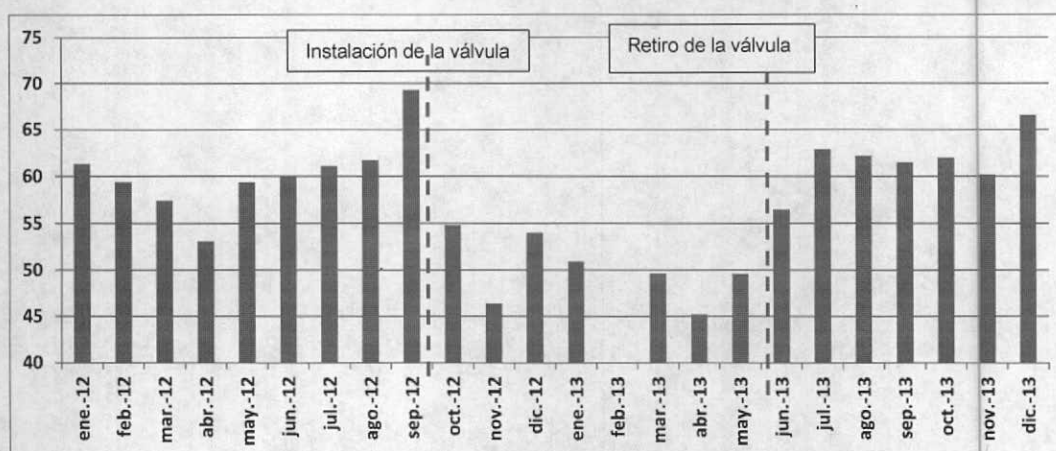
Como puede apreciarse claramente, los menores valores de presión de todo el periodo sometido a análisis se registraron en el mes de noviembre de 2012 y los meses de marzo, abril y mayo de 2013, cuando estuvieron por debajo de los 50 m.c.a., meses que corresponden con el tiempo durante el cual permanecieron instaladas la válvula de control hidráulico y la platina de orificio reducido en la red de **COJARDÍN**.

En efecto, en la gráfica que se presenta a continuación se observa una reducción sustancial en el registro de presión entre septiembre y octubre de 2012 de aproximadamente 14,5 m.c.a. Debe recordarse que la válvula fue instalada el 18 de octubre de 2012, por lo que permaneció en la red del acueducto que surte a **COJARDÍN** desde ese mes, hasta el 20 de junio de 2013, cuando se cumplió la orden cautelar dada por esta Superintendencia para su retiro. Y es precisamente en ese periodo en el que se registran los menores valores de presión de los cuatro años sometidos a estudio. En la misma gráfica, también se puede observar que, una vez se cumplió dicha orden administrativa del retiro de los elementos válvula y platina, la presión volvió a ubicarse en el valor promedio, esto es, cercana a 60 m.c.a.

Evolución de la presión en el suministro del agua por la EAB a COJARDÍN. En metro de columna de agua (m. c. a.) (Enero de 2012 a julio de 2013)

³⁰Elaboración basada en información obrante en folios 2292 a 2407 del Cuaderno Público No. 15 y folio 3767 del Cuaderno Público No. 19 del Expediente.

Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra una sanción



*Para febrero 2013 la EAB no reporta información.

Fuente: Elaboración SIC con base en la información que obra en el Expediente³¹.

Por todo lo anterior, se concluye que con la válvula y la platina instalada por la EAB en la red de **COJARDÍN**, no solamente se redujo el volumen del agua suministrada, sino que, además, efectivamente, se disminuyó la presión en el suministro del recurso hídrico. En otras palabras, que la conducta desplegada por la EAB sí supuso una variación en las condiciones en que se hacía el suministro de agua en bloque a **COJARDÍN**. Esta situación, como se advirtió, se pudo verificar, además, con las quejas³² presentadas por los usuarios de **COJARDÍN**, empresa a través de la cual, la compradora de agua en bloque presta el servicio de acueducto, quejas a las que el Despacho se referirá a continuación.

Además de las evidencias empíricas que demuestran la efectiva afectación en las condiciones en las que se prestó el servicio de venta de agua en bloque, en la investigación se logró acreditar la idoneidad de la conducta, correspondiente a la instalación de dispositivos en la red de **COJARDÍN**, para causar los efectos discriminatorios.

De hecho, a pesar de que la EAB insistió en indicar que el dispositivo instalado correspondía a una "válvula de control hidráulico", que no reducía la presión del líquido, sino su caudal, lo cierto es que, en el concepto técnico de la **COMISIÓN DE REGULACIÓN DE AGUA**, que hace parte del Expediente, se indicó que:

"(...) los accesorios instalados, disminuyen el área transversal de la tubería, lo cual podría disminuir la presión y eventualmente afectar las condiciones del sistema de acueducto de COJARDIN S.A. ESP aguas abajo del punto donde se instaló la válvula"³³.

Así mismo, el **GRUPO DE INVESTIGACIÓN EN INGENIERÍA DE RECURSOS HÍDRICOS** de la **UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA**, al que se le preguntó si dicha válvula reducía (i) sólo el caudal; (ii) sólo la presión, o (iii) ambas, manifestó:

"Cuando se realiza el control del flujo en una red, a través de la instalación de una válvula como las mencionadas, y considerando la relación directa e intrínseca existente entre el caudal y la presión (masa y energía), es imposible controlar o reducir uno de ellos sin afectar los valores del otro. Al reducir la presión se reducirá el caudal y viceversa. Así, la respuesta sería iii) ambas"³⁴.

Habiendo acreditado la idoneidad de la afectación, soportada en conceptos de expertos, y la efectiva afectación, acreditada en evidencia empírica, se ilustrarán las condiciones en las que **COJARDÍN** fue

³¹ Elaboración basada en información obrante en folios 2292 a 2407 del Cuaderno Público No. 15 y folio 3767 del Cuaderno Público No. 19 del Expediente.

³² Quejas obrantes a folios 14 a 19, 102 a 104, 110 a 112, 114 a 122 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente y Folios 963, 966 y 970 del Cuaderno Público No. 8 del Expediente. Aunado a las quejas telefónicas reportadas por **COOPJARDÍN** a folios 973 a 976 del Cuaderno Público No. 8 del Expediente.

³³ Reverso del folio 1144 del Cuaderno Público No. 9 del Expediente.

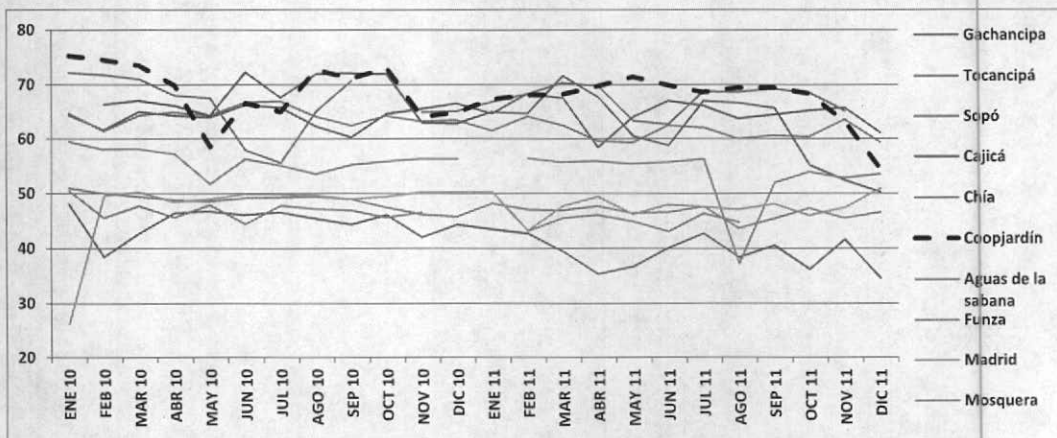
³⁴ Folio 3776 a 3779 del Cuaderno Público No. 19 del Expediente.

Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra una sanción

sometido a recibir el servicio de agua en bloque en contraste con los demás compradores. Para estos efectos se comparará el comportamiento de las presiones de todos los compradores de agua en bloque en dos periodos: un periodo anterior a la instalación de la válvula y las platinas en la red de **COJARDÍN** (2010 -2011) y un periodo que incluya los meses en los que se habría dado el comportamiento discriminatorio.

Sobre el particular, la siguiente gráfica muestra que la presión del agua en bloque suministrada a **COJARDÍN** durante los años 2010 y 2011, estuvo en niveles similares a los registrados por las demás compradoras de agua en bloque e incluso superiores a algunas de ellas en varios meses de estos dos años:

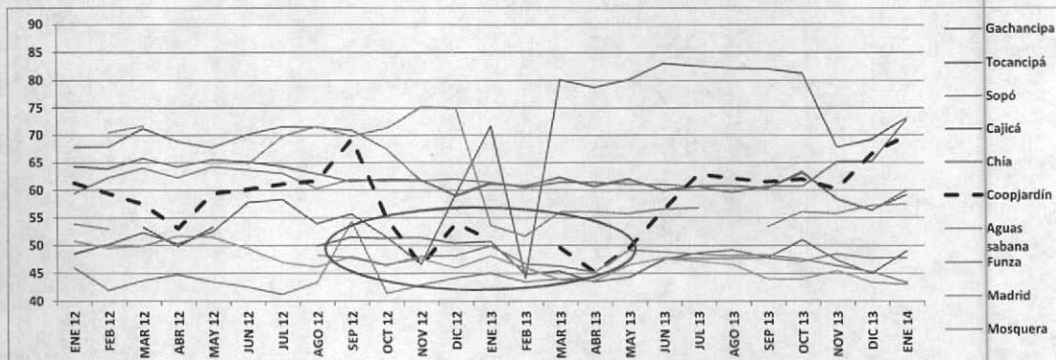
Comparación presiones compradores de agua en bloque de la EAB. En metro de columna de agua (m. c. a.) (2010 - 2011)



Fuente: Elaboración SIC con base en la información que obra en el Expediente³⁵.

En contraste, como se ilustrará en la siguiente gráfica, para los años 2012 y 2013, especialmente entre octubre de 2012 y junio de 2013, época en la que permanecieron los dispositivos instalados por la **EAB** en el marco de su política de eliminación de venta de agua en bloque, se presentó una disminución considerable en los niveles de presión registrados por **COJARDÍN**

Gráfica No. 9: Comparación presiones compradores de agua en bloque de la EAB. En metro de columna de agua (m. c. a.) (2012 - 2013)



Fuente: Elaboración SIC con base en la información que obra en el Expediente³⁶.

Con lo observado en la gráfica anterior, queda suficientemente demostrado que **EAB** suministró agua en bloque a **COJARDÍN** en unas condiciones de presión y caudal sustancialmente inferiores de las ofrecidas a los demás compradores de agua en bloque, circunstancias que se presentaron durante el

³⁵ Elaboración basada en información obrante en folios 2292 a 2407 del Cuaderno Público No. 15 y folio 3767 del Cuaderno Público No. 19 del Expediente.

³⁶ Elaboración basada en información obrante en folios 2292 a 2407 del Cuaderno Público No. 15 y folio 3767 del Cuaderno Público No. 19 del Expediente.

Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra una sanción

periodo en el que permanecieron instaladas la válvula y las dos platinas, lo que demuestra además que **COJARDÍN** sufrió un cambio en las condiciones en las que recibía el agua en bloque que no tuvieron que soportar otros compradores. Además, más allá del nivel de presión, lo cierto es que quedó plenamente acreditado que ningún otro comprador fue sujeto de instalación de dispositivo alguno, lo que reafirma aún más la conclusión del Despacho sobre la infracción cometida por la **EAB**.

Ahora, respecto del acreditado trato diferenciado, reiteraron los investigados en su recurso que las "prácticas irregulares" de **COJARDÍN** revisten tal envergadura que dicha instalación fue necesaria para buscar la forma de controlar el recurso hídrico que es responsabilidad de la empresa, en razón de la concesión de la que es titular.

Al respecto, este Despacho destaca que, tal y como se indicó en la Resolución Sancionatoria –y como ya lo había indicado la Delegatura en su Informe Motivado–, el argumento de los investigados carece de sustento pues, entre otras, se acreditó que **COJARDÍN** no es el comprador de agua en bloque que más consume agua.

En efecto, se encontró que, mientras **COJARDÍN** participa con el 2,2% del total de agua en bloque vendido por la **EAB**, otros compradores participan con un mayor volumen de consumo del agua en bloque suministrada por la **EAB**, por ejemplo, **HYDROS CHÍA**, que participa con un 34,2% en promedio de consumo; **HYDROS MOSQUERA**, con un 16,5% y la **EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DE CAJICÁ**, con 13,8% en promedio.

También insistieron los recurrentes en indicar que entre las irregularidades que justificaron la decisión de instalación de los dispositivos en la red de **COJARDÍN** se encontró el desarrollo de actividades que ponen en riesgo ambiental los recursos naturales de la región, entre estos, el Humedal Guaymaral y el Río Bogotá.

Sobre el particular este Despacho reitera las conclusiones presentadas en la Resolución Sancionatoria y el Informe Motivado, relativas a que de existir una violación a las normas ambientales, de tal circunstancia debía conocer y tomar las medidas pertinentes la autoridad ambiental, que en efecto lo hizo, a través de la **SECRETARÍA DISTRITAL DE AMBIENTE**, según quedó acreditado en el Expediente.³⁷

En efecto, lo que afirmó la **EAB** es que **COJARDÍN** habría instalado sin autorización una tubería que presuntamente afectaba el Humedal Guaymaral, sin embargo, dicha circunstancia –aun cuando fuera cierta y frente a la que esta Entidad no es competente para pronunciarse– no justifica en manera alguna la afectación en el caudal y la presión captada por **COJARDÍN**, menos viniendo de una medida unilateral del Agente dominante del mercado. Posición que fue respaldada por **GERMÁN GALINDO HERNÁNDEZ**, gerente corporativo ambiental de la **EAB**³⁸ quien indicó que si **COJARDÍN** incumplía normas de carácter ambiental, ello no tenía relación directa ni indirecta con la medida adoptada por la **EAB** de instalar una válvula y dos platinas de orificio reducido para limitar el caudal del agua suministrada a **COJARDÍN**, pues la **EAB** tiene la obligación contractual de suministrarle agua en bloque a dicho prestador.

También expuso la **EAB** como justificación que **COJARDÍN** estaría entregando disponibilidades de servicio de acueducto en territorios donde la concesión de aguas otorgada a la **EAB** no permite la prestación del servicio. Además, que tal entrega supondría el crecimiento desordenado de los usuarios y la ampliación del caudal suministrado y, por ende, arriesgar la disponibilidad del recurso hídrico de toda la ciudad³⁹.

Sin embargo, se encontró que, en primer lugar, no es la **EAB** la llamada a disciplinar una situación que se ha generado en el tiempo por la misma disposición contractual de la **EAB**⁴⁰, que debía ser conocido,

³⁷ Folios 2638 a 2641 del Cuaderno Público No. 16 del Expediente; Derecho de Petición No. 2013ER025321 del 7 de marzo de 2013; Comunicación con No. de radicación 2013EE031012 del 19 de marzo de 2013. Folio 2917 del Cuaderno Público No. 17 del Expediente y Folio 4096 del Cuaderno Público No. 21 del Expediente.

³⁸ Diligencia de testimonio rendido el 27 de enero de 2014. Folio 2788 del Cuaderno Público No. 17 del Expediente.

³⁹ Reverso del folio 2915 del Cuaderno Público No. 17 del Expediente.

⁴⁰ Informe de visita fiscal. Plan de Auditoría Distrital 2012. Ciclo II. Septiembre de 2012. Folios 2920 al 2942 del Cuaderno Público No. 17 del Expediente.

Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra una sanción

de ser cierto lo afirmado por la **EAB**, por las autoridades competentes. Además, de acuerdo con lo que obra en el Expediente, esa expansión no fue exclusiva de **COJARDÍN** sino que se presentó en otros compradores de agua en bloque, frente a los cuales sin embargo no se tomaron medidas como las adoptadas por la **EAB**.

En la misma línea, la **EAB** argumentó como justificación de sus conductas que **COJARDÍN** prestaba el servicio de acueducto fuera del perímetro urbano.

Sin embargo, de conformidad con la información que reposa en el Expediente, se evidencia que, como lo indicó la Delegatura, **COJARDÍN** no es la única empresa compradora de agua en bloque de la **EAB** que presta el servicio de acueducto fuera del perímetro urbano, pero sí la única a la que le fueron instalados los artefactos limitadores del caudal que se le suministra. En efecto, la misma **EAB** reconoce que **HYDROS CHÍA**, **HYDROS MOSQUERA**, **AQUAPOLIS**, **AGUAS DE LA SÁBANA** y **AGUAS DE BOGOTÁ** prestan el servicio fuera del perímetro urbano⁴¹.

De otro lado, la **EAB** argumentó que la cesión de posición contractual celebrada entre **COOPJARDÍN** y **COJARDÍN** en el contrato de suministro celebrado con la **EAB** era nulo, lo que implicaría la falta de legitimidad de **COJARDÍN** y con ello, una razón más para limitar el caudal.

Sobre el particular se resalta que, aun cuando existieran irregularidades en la posición de la cesión contractual respecto del contrato de suministro celebrado con la **EAB** –circunstancia sobre la cual no tiene competencia esta Superintendencia– ello no tiene relación ni mucho menos justifica las medidas arbitrarias adoptadas por la **EAB**.

Así, todas las supuestas irregularidades o supuestas ineficiencias de **COJARDÍN** resultan impertinentes para el análisis aquí realizado, pues tendrán que ser las autoridades correspondientes y no la **EAB** por una vía de hecho, quienes corrijan y castiguen –de ser procedente– el comportamiento de **COJARDÍN**.

Contrario a lo afirmado por los recurrentes esta Superintendencia no está eximiendo a **COJARDÍN** de sus deberes como prestador de servicios públicos, lo que ha indicado esta Entidad es que no es la competente para pronunciarse sobre el particular y que, aun de ser ciertas todas las acusaciones de la **EAB**, ninguna justifica la práctica restrictiva aquí acreditada.

De otro lado, respecto de la gráfica recién expuesta afirmaron los recurrentes que los niveles de presión suministrados a **COJARDÍN** en el periodo investigado se encuentran dentro del rango de datos reportados por los 14 prestadores y, además, que por lo menos (4) de sus competidores se encontraban por debajo del promedio.

Al respecto este Despacho recuerda que, en primer lugar, la gráfica a la que se refirieron los investigados debe leerse con la gráfica que la antecede, en la cual se evidencia el contraste en el comportamiento de la presión con la que se suministró agua a **COJARDÍN**, que por su puesto acredita un cambio importante en los niveles que se habían mantenido.

En segundo lugar se aclara que al analizar la gráfica objeto del reproche de los investigados no se afirmó que las presiones fueran menores a todos los demás, sino que el comportamiento de la presión de **COJARDÍN** fue el único en el que se evidenció la baja evidente en su promedio. Es decir que entre todos los prestadores **COJARDÍN** fue quien presentó menores niveles respecto de su promedio histórico, lo que evidenciaba la discriminación.

Además de lo expuesto, argumentaron los investigados que las gráficas y diagramas usadas en el análisis antes presentado carecían de validez pues el comportamiento irregular de los niveles de presión registrados por **COJARDÍN** encontraba explicación en que el macromedidor instalado en el punto de entrega estaba dañado.

Al respecto se aclara, como se hizo desde el Informe Motivado, que todos los análisis realizados con base en los datos de esa medición defectuosa fueron eliminados y se evadió su estudio. En efecto, las

⁴¹ Folio 229 (CD No. 2) del Cuaderno Público No. 2 del Expediente (Documento desglosado e incorporado al Cuaderno Reservado No.1 del Expediente). Archivo "Agua como ordenador del territorio 26 junio de 2012-Borrador"

Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra una sanción

gráficas aquí usadas tienen como fuente los datos reales y corregidos que se encuentran en el expediente, por lo que una vez más el argumento de los recurrentes carece también de fundamento.

De todo lo anterior se concluye que la **EAB**, abusando de su posición dominante suministró agua en bloque a **COJARDÍN** en condiciones distintas a las que ofrece a sus otros compradores en circunstancias normales, al instalar en su acueducto una válvula reductora de caudal y dos platinas de orificio reducido, que implicó el suministro de agua con un caudal y una presión inferiores. Dicho suministro diferenciado no estuvo justificado, pues otros compradores de agua en bloque no tuvieron que soportar la variación en las condiciones, ni fueron objeto de las medidas unilaterales adoptadas por la **EAB** y que **COJARDÍN** debió tolerar, pese a que estaba en condiciones similares a los demás compradores del recurso hídrico.

Sobre la configuración de esta conducta indicó **COJARDÍN** que se incurre en una contradicción pues al tiempo que se dice que los compradores de agua en bloque se encuentran en condiciones de igualdad, se afirma que no hay punto de comparación entre estos en razón de su situación geográfica, potencial expansión, potencial demanda y condiciones contractuales con la **EAB**, lo que impide en sí mismo que **COJARDÍN** haya sido discriminado.

Al respecto se aclara que la alusión que se realiza en el Informe Motivado, en relación con las diferencias en las condiciones de los compradores de agua en bloque, está dirigida a demostrar la imposibilidad de medir la expansión del suministro de agua potable brindado por cada uno de los compradores, circunstancia que difiere de las condiciones de venta uniformes, en las que no se evidencia una situación que justifique el trato diferenciado dado a **COJARDÍN**.

Además de todo lo antes expuesto, esta Entidad acreditó que la afectación que tuvo que soportar **COJARDÍN** desde su posición como compradora de agua en bloque, que ya se expuso de manera suficiente, tuvo un efecto en el mercado de prestación del servicio público de acueducto a usuarios finales en el que participa **COJARDÍN**, pues los usuarios finales a los que suministra **COJARDÍN** fueron quienes finalmente padecieron las deficiencias en el caudal y la presión del agua que provocó la instalación de la válvula y las platinas.

De esta manera, está probado en el Expediente que la conducta desplegada por la **EAB** resultaba idónea para buscar la eliminación de **COJARDÍN** del mercado, motivación que además está probada en una doble vía: pues fue producto de la política de eliminación de la venta de agua en bloque y estaba ligada con la intención acreditada de la **EAB** de tomarse para sí el mercado que atendía **COJARDÍN**.

Como ya se acreditó, la instalación de la válvula tuvo afectaciones en las condiciones en las que llegaba el agua a la red de **COJARDÍN** que tuvieron impacto en cientos de usuarios –situación que hizo necesaria la imposición de la medida cautelar–. Entre otras, las siguientes quejas de usuarios, recibidas por **COJARDÍN** dan cuenta de la afectación:

- Comunicación de la **ASOCIACIÓN HOGAR PARA EL NIÑO ESPECIAL**, con fecha del 22 de octubre de 2012⁴².
- Comunicación del **LICEO CATÓLICO CAMPESTRE**, con fecha del 22 de octubre de 2012⁴³.
- Comunicación de la **UNIVERSIDAD DE CIENCIAS APLICADAS Y AMBIENTALES – U.D.C.A.**, con fecha del 22 de octubre de 2012⁴⁴.
- Comunicación de la **SOCIEDAD EDUCACIONAL SAINT ANDREWS S.A. – GIMNASIO COLOMBO BRITÁNICO**, con fecha del 22 de octubre de 2012⁴⁵.

⁴² Folio 111 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

⁴³ Folio 18 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

⁴⁴ Folio 14 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

⁴⁵ Folio 16 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra una sanción

- Comunicación del **COLEGIO LOS NOGALES**, con fecha del 22 de octubre de 2012⁴⁶.
- Comunicación del **COLEGIO BILINGÜE RICHMOND**, con fecha del 22 de octubre de 2012⁴⁷.
- Comunicación del **LICEO CHICÓ CAMPESTRE**, con fecha del 23 de octubre de 2012⁴⁸.
- Comunicación de **OLIVA GÓMEZ DE RODRÍGUEZ**, con fecha del 23 de octubre de 2012⁴⁹.
- Comunicación de **DIANA SARRIA RESTREPO**, propietaria una casa en el Conjunto Quirotama, con fecha del 22 de octubre de 2012⁵⁰.
- Comunicación de **PATSY SILIÉZAR**, con fecha del 22 de octubre de 2012⁵¹.
- Comunicación de **ORLANDO CABRERA POLANIA, SARA BEATRIZ PÉREZ DE CABRERA y RODRIGO CABRERA PÉREZ**, con fecha del 26 de octubre de 2012⁵².
- Comunicación de **LAS AZALEAS PROPIEDAD HORIZONTAL** mediante la cual se reenvía un correo electrónico de una residente del conjunto, la señora **MÓNICA NAVARRO AHUMADA**, con fecha del 24 de octubre de 2012⁵³.

En todas las comunicaciones relacionadas, los usuarios se quejaban por la disminución de la presión del agua que llegaba a colegios, universidades, hogares e incluso instituciones de población de protección estatal que, sumada a las evidencias empíricas relativas a la disminución del caudal y la presión, dan cuenta de la evidente afectación causada a los usuarios finales de **COJARDÍN**.

Al respecto, afirmaron los investigados en su recurso de reposición que la última queja presentada por usuarios finales de la red de **COJARDÍN** se presentó el 26 de octubre de 2012, por lo que no podría afirmarse que los supuestos efectos derivados de la instalación del dispositivo se extendieron por más de ocho (8) meses.

Sobre el particular se resalta que la fecha de las quejas no es, ni puede ser, determinante en relación con la permanencia de la afectación de los usuarios, pues en efecto, las fechas de las quejas solo se hallan hasta la fecha señalada por los recurrentes como consecuencia de la fecha en que se recaudaron dichos documentos, esto es, las visitas administrativas realizadas por la Delegatura de Protección de la Competencia el 26 y 30 de octubre de 2012.

De esta forma, la razón por la cual las quejas existentes en el expediente se registran únicamente hasta el 26 de octubre de 2012 obedece a que fue en esa fecha en que se realizó la visita administrativa en las que se recaudaron y no a que no existieron efectos perjudiciales para los usuarios después de esa fecha.

De hecho sobre estas circunstancias también tuvo la oportunidad de pronunciarse la Corte Constitucional⁵⁴ en la Sentencia T - 385 del 28 de junio de 2013, en la que consideró que la **EAB**

⁴⁶ Folio 17 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

⁴⁷ Folio 19 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

⁴⁸ Folio 102 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

⁴⁹ Folio 115 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

⁵⁰ Folio 117 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

⁵¹ Folio 120 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

⁵² Folio 123 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

⁵³ Folio 122 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

⁵⁴ Sentencia T-385 de 2013, Expediente: T-3803155. Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión. Folios 2849 a 2864 del Cuaderno Público No. 17 del Expediente.

Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra una sanción

desconoció el derecho fundamental al debido proceso de **COJARDÍN** y, por esa vía, los derechos fundamentales de los usuarios del servicio de acueducto prestado por esa empresa. Al respecto indicó:

“ (...)”

La Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá al instalar la válvula reductora del caudal y la platina de orificio reducido, alegando que lo que busca es controlar el suministro de agua y así, evitar poner en riesgo por eventual carencia del recurso hídrico a sus propios usuarios y demás adquirientes de agua en bloque, desconoció el debido proceso, porque debió dar la oportunidad a Coopjardín ESP Ltda., de ser advertida de una medida que, afectaba en forma directa la prestación del servicio público de acueducto y por ende a sus usuarios, y tener la oportunidad de ejercer oposición respecto de la decisión adoptada si lo consideraba necesario. Además, las razones expuestas por la entidad demandada, desconocen el hecho tangible de que al disminuir el caudal y la presión del agua se estaba generando una amenaza del derecho fundamental al agua potable de aproximadamente 50.000 personas, entre las que se encuentran sujetos de especial protección constitucional (...)⁵⁵. (Negrilla y subrayado por fuera del texto)

Por lo tanto, es claro que la afectación se siguió dando durante todo el tiempo en que se mantuvieron instaladas la válvula y las platinas, pues en efecto, la evidencia empírica que ya se expuso demuestra que tanto el caudal como la presión del agua disminuyó durante todo el periodo en el que los dispositivos estuvieron instalados.

Ahora bien, frente a las quejas afirmaron también los investigados que esta Superintendencia no tuvo en cuenta que algunas de las denuncias se refirieron a fallas en el servicio anteriores a la instalación de los dispositivos en el acueducto de **COJARDÍN**. Al respecto se aclara que las quejas a las que aluden los investigados mencionan la posible ocurrencia de fallas anteriores a la instalación de la válvula pero su queja principal se centra en las fallas presentadas desde tal instalación. Además, se recuerda que las quejas, a partir de la instalación de los dispositivos, fueron masivas y que las cifras del caudal y presión percibidos en ese periodo respaldan la clara afectación causada en ese tiempo.

En el mismo sentido, afirmaron los investigados que la Superintendencia no tuvo en cuenta lo afirmado por el perito **JUAN SALDARRIAGA** quien concluyó que con una presión menor a la recibida por **COJARDÍN** en el periodo en el que se instaló la válvula y las platinas se habría podido prestar eficientemente el servicio, por lo que las fallas eran atribuibles únicamente a **COJARDÍN**.

Sobre el particular se reitera que con independencia de las posibles deficiencias de **COJARDÍN** existió una relación causal, que no se desvirtúa con el concepto del perito al que aludieron los recurrentes, entre la afectación a los usuarios y la instalación de la válvula y las platinas. Por lo tanto, esta circunstancia unida a otros hechos como la circunstancia probada en relación con la gestión adelantada por la **EAB** para conquistar el mercado en el que operaba **COJARDÍN** –incluyendo la confrontación de tarifas con clientes específicos– es suficiente para atribuir responsabilidad y considerar como indiferente el comportamiento de **COJARDÍN**.

Con todo lo expuesto es claro que la afectación causada a **COJARDÍN**, está probada por (i) la evidencia empírica que da cuenta de la disminución en el caudal y la presión del agua que llega a la red de **COJARDÍN**, que en consecuencia impactaba en las condiciones en las que los usuarios finales recibieron la prestación del servicio, (ii) el concepto técnico de expertos como la **CRA** que acredita la idoneidad para afectar las condiciones del suministro, (iii) las quejas de los usuarios en las fechas coincidentes con la instalación de los dispositivos y (iv) la sentencia de la Corte Constitucional que en fallo de tutela declaró la afectación desde el punto de vista de los derechos fundamentales, tanto de **COJARDÍN** como de los usuarios finales.

Esta afectación, que cesó **únicamente** por la intervención de esta Entidad mediante la medida cautelar decretada mediante la Resolución No. 35988 del 14 de junio de 2013⁵⁶, tenía la idoneidad para sacar a **COJARDÍN** de un mercado en el que, como ya se demostró, la **EAB** tenía interés. Mercado en el que además era la **EAB** el más probable competidor llamado a sustituir a **COJARDÍN** para atender a los usuarios que habrían quedado sin servicio o que estarían recibiendo una prestación deficiente del

⁵⁵ Folio 2863 del Cuaderno Público No. 17 del Expediente.

⁵⁶ Folios 1177 a 1203 del Cuaderno Público No. 9 del Expediente.

Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra una sanción

servicio por cuanta de las acciones tomadas por la **EAB**, dada su posición dominante, tanto en el mercado de venta de agua en bloque como en el mercado de la prestación de servicio de agua potable a usuarios finales.

Con base en lo expuesto se concluye que, como se indicó en la Resolución Sancionatoria la instalación de la válvula reductora de caudal junto con la platina de orificio reducido por parte de la **EAB** constituyó una conducta restrictiva de la competencia.

3.3. Consideraciones del Despacho en relación con el mercado afectado y las relaciones de competencia entre los agentes involucrados en la conducta

En criterio de la **EAB**, **COJARDÍN** no es su competidor ni actual ni potencial, pues, a diferencia de esta última, la **EAB** no es beneficiaria de grandes suministros de agua sino la proveedora. Lo anterior implica que ambas empresas se encuentren en niveles diferentes de la cadena de producción, que adicionalmente, según los recurrentes, fue descrita equivocadamente por la Superintendencia de Industria y Comercio en la hoja No.9 de la Resolución Sancionatoria.

La sancionada agregó que el mercado de captación, potabilización y distribución del recurso hídrico se configura como un monopolio natural, tal como lo reconoció el Informe Motivado, y que por ende es imposible identificar competidores directos o indirectos, con lo cual la Resolución Sancionatoria se equivocó al sostener que la prestación del servicio público de acueducto en Bogotá se realiza bajo un modelo de libre competencia. En palabras de la sancionada "*no hay mercado de proveedores o de distribuidores mayoristas de grandes cantidades de agua potable, sino, por el contrario, un monopolio de la EAAB en el proceso de captación, potabilización y distribución del recurso hídrico*". La **EAB** aseguró que, en este orden de ideas, se equivocó la Superintendencia de Industria y Comercio al señalar que la **EAB** es una comercializadora de agua potable en Bogotá D.C.

Para el Despacho, la lectura que los sancionados hicieron de la definición de mercado contenida en la Resolución Sancionatoria es a todas luces equivocada pues, de los anteriores argumentos, se evidencia una confusión entre el mercado en el que la **EAB** tiene posición de dominio y el mercado en el que se materializaron los efectos de su conducta abusiva.

En este sentido, no son de recibo los anteriores argumentos pues como se indicó en la Resolución Recurrída, el abuso de posición de dominio reprochado a la **EAB** se dio en el mercado de suministro de agua en bloque, en el que esta última provee el agua potable a **COJARDÍN**, pero que su objeto y los efectos se habrían materializado en el mercado de prestación del servicio de acueducto en la zona geográfica en donde la **EAB** compite directamente o se constituye como competidor potencial de **COJARDÍN**.

Como se desprende de lo anterior, esta Superintendencia no afirmó en ningún momento que la **EAB** fuera competidor actual o potencial de **COJARDÍN** en el mercado de suministro de agua en bloque, sino que lo era en el mercado de prestación del servicio público de acueducto en la zona geográfica donde **COJARDÍN** presta su servicio, específicamente entre las calles 200 y 235, en el margen occidental de la Autopista Norte.

Para este Despacho, el hecho de que **COJARDÍN** sea quien se beneficie de los suministros de agua en bloque que realiza la **EAB**, no implica que ambas empresas no sean prestadoras del servicio público de acueducto, y que por lo tanto la **EAB** no sea competidor ni actual ni potencial de **COJARDÍN**. En la Resolución Recurrída quedó claro que la **EAB** abastece agua potable a **COOPJARDÍN** a través de un contrato de suministro de agua en bloque, quien, por medio de **COJARDÍN**, presta el servicio público de acueducto a usuarios finales en aquellas zonas del norte de Bogotá D.C. donde la **EAB** no prestaba el servicio domiciliario a usuarios finales.

En efecto, como se desprende del Acuerdo del Concejo Distrital No. 257 de 2006, los Acuerdos de Junta Directiva Nos. 12 del 5 de septiembre de 2012 y 15 del 19 de septiembre de 2013 de la **EAB**⁵⁷,

⁵⁷ Página web de la Alcaldía. <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=22307>; http://www.acueducto.com.co/wps/html/resources/empresa/normas/acuerdo12_2012.pdf; http://www.acueducto.com.co/wps/html/resources/empresa/2015/Acuerdo_No.15_de_2013.pdf
[Fecha de consulta: 12 de julio de 2018].

Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra una sanción

y del Certificado de Existencia y Representación Legal de **COJARDÍN**⁵⁸, ambas empresas son prestadoras del servicio público de acueducto. La diferencia entre ellas radica en que mientras la **EAB** está integrada verticalmente y realiza las actividades de captación; conducción; potabilización; y distribución y comercialización al usuario final, **COJARDÍN** se conecta a la red matriz de la **EAB**, para posteriormente comercializar el agua a sus usuarios finales.

Así, la condición de la **EAB** como competidor actual o potencial de **COJARDÍN** se deriva de la capacidad de prestar el servicio público de acueducto que ambas empresas tienen en la zona anteriormente señalada, y no, como equivocadamente lo cree la sancionada, por ser ella proveedora de agua en bloque y **COJARDÍN** la beneficiaria de la misma. En efecto, para la época en la que **COJARDÍN** era el único prestador del servicio público de acueducto, la **EAB** se constituía en su competidor potencial, mientras que ahora es considerado su competidor actual, pues, como se indicó en la Resolución Recurrída, la **EAB** tiene participación en la zona en la que anteriormente era exclusivamente atendida por **COJARDÍN**⁵⁹.

En otras palabras, no es de recibo para esta Superintendencia el argumento presentado por la **EAB**, pues el hecho de que exista una relación vertical entre la empresa y **COJARDÍN** no es excluyente de que entre las mismas también se dé una relación horizontal en la prestación del servicio público de acueducto. Se le recuerda a la sancionada que, dado que es una empresa integrada verticalmente, desarrolla las diferentes actividades presentes en la cadena de producción de agua potable, incluyendo la comercialización del servicio a usuarios finales, esta última siendo la actividad desarrollada por **COJARDÍN**.

Ahora bien, el reconocimiento de la **EAB** como competidor de **COJARDÍN** en ningún momento desconoce las características de la prestación del servicio de agua potable que hacen de la misma un escenario propenso para la existencia de un monopolio natural. Dichas características hacen que el agente encargado de la captación, potabilización y conducción de agua sea también monopolista en el mercado de suministro de agua en bloque.

Al respecto, es importante indicarle a la sancionada que para este Despacho es claro que la actividad económica principal de la **EAB** no corresponde a la provisión de agua en bloque, sino que la sancionada es una empresa verticalmente integrada dedicada a la prestación del servicio de acueducto. Sin embargo, también es claro que el mercado de agua en bloque surge como consecuencia posible de la actividad principal de la sancionada, en los casos en los que se presentan las siguientes condiciones: (i) ausencia de cobertura de la sancionada en algunas zonas geográficas; (ii) no disponibilidad de fuentes de abastecimiento de agua cruda; y (iii) excedentes de agua potable por parte de la empresa integrada. Dadas las anteriores condiciones, se crea el mercado de suministro de agua en bloque, en el cual la **EAB** tiene el monopolio en la zona geográfica donde **COJARDÍN** presta su servicio.

Frente al argumento según el cual la existencia de un monopolio implica la no existencia de un mercado, este Despacho considera relevante recordar a la sancionada la definición de un monopolio. De acuerdo con Varian (1992), el monopolio hace referencia a una situación en la que *"una empresa o un pequeño número de empresas tiene el control exclusivo de un producto en un determinado mercado"*⁶⁰ (Negritas y subrayado fuera del texto). De la definición anterior es claro que el monopolio hace referencia a la estructura de un mercado en el cual solo existe un oferente, característica que contrario a ser condición necesaria para determinar la existencia de un mercado, lo que hace es precisamente describir el mismo. Por lo anterior, el argumento de la sancionada es a todas luces falaz. En otras palabras, la existencia de un mercado no es excluyente de que el mismo tenga una estructura monopólica, así, se descarta la afirmación de la sancionada según la cual *"no hay mercado de proveedores o de distribuidores mayoristas de grandes cantidades de agua potable, sino, por el contrario, un monopolio de la EAAB en el proceso de captación, potabilización y distribución del recurso hídrico"*.

⁵⁸ Folios 10 a 12 del cuaderno público No. 1 del expediente.

⁵⁹ Ejemplos de zonas en donde la **EAB** y **COJARDÍN** atienden a usuarios finales son urbanizaciones ubicadas entre las calles 200 y 235 cercanas a la Autopista Norte como la Urbanización San Sebastián, la Urbanización San Simón, el Centro Comercial Bima y la Escuela Colombiana de Ingeniería.

⁶⁰ Varian, H. (1992), "Análisis Microeconómico", Tercera Edición, Antoni Bosch Editor, Pág. 275.

Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra una sanción

Sobre la supuesta equivocación por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio al señalar que la **EAB** es una comercializadora de agua potable en Bogotá D.C., el Despacho reitera que, de acuerdo con el TÍTULO A - ASPECTOS GENERALES DE LOS SISTEMAS DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BÁSICO DEL REGLAMENTO TÉCNICO DEL SECTOR DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BASICO RAS – 2000, la comercialización es una actividad complementaria a la prestación del servicio público de agua potable que incluye actividad de medición, facturación y recaudo a los usuarios finales. Se le recuerda a la sancionada que para el cumplimiento de su objeto social, modificado por el Acuerdo 12 de 2012, la **EAB** estableció como una de sus funciones principales "(...) [f]ijar, liquidar, facturar y recaudar las tarifas de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo prestados, con base en las fórmulas que defina periódicamente la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico – CRA". La anterior función, sin lugar a dudas, hace parte de la actividad de comercialización de agua potable.

Respecto de la supuesta equivocación en la que incurrió la Superintendencia de Industria y Comercio al describir la cadena de producción de agua potable, este Despacho no concuerda con lo afirmado por la sancionada, pues dicha descripción se realizó partiendo de la definición contenida en el numeral 14.22 del artículo 14 de la Ley 142 de 1994, según el cual, el servicio público domiciliario de acueducto o servicio público de agua potable corresponde a "la distribución municipal de agua apta para el consumo humano, incluida su conexión y medición (...)" y que las actividades complementarias a la prestación de dicho servicio son la captación y su procesamiento, tratamiento, almacenamiento, conducción y transporte. Posteriormente, este Despacho, con base en el TÍTULO A - ASPECTOS GENERALES DE LOS SISTEMAS DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BÁSICO DEL REGLAMENTO TÉCNICO DEL SECTOR DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BASICO RAS – 2000, describió las actividades que hacen parte de la prestación del servicio público de acueducto, las cuales corresponden a la captación, conducción, potabilización, distribución y comercialización.

De acuerdo con lo anterior, y teniendo en cuenta que la empresa prestadora del servicio público de acueducto que adquiere el agua en bloque se conecta a la red primaria, propiedad de la empresa que desarrolla las actividades de captación, potabilización y distribución de agua potable, instalando un macromedidor para medir el consumo del agua, y posteriormente comercializa el agua potable al usuario final, es evidente que el suministro de agua en bloque se enmarca dentro de la cadena productiva de agua potable.

Al ser la descripción de las actividades económicas de la cadena de producción de agua potable proveniente de la legislación y normativa vigente del sector, este Despacho descarta la afirmación de la sancionada por cuanto es evidente que dichas definiciones son el marco de la regulación del sector y no fueron establecidas o modificadas subjetivamente por esta Superintendencia.

Por último, la **EAB** manifestó que la Superintendencia de Industria y Comercio se contradijo al sostener que la **EAB** ha incurrido en prácticas restrictivas de la competencia y al mismo tiempo afirmar que las ventas de agua en bloque han aumentado incluso después de la instalación de válvula de control hidráulico.

Frente al particular, esta Superintendencia se permite hacer énfasis en que el hecho de que las ventas de agua en bloque durante el periodo investigado hayan aumentado, tal como se evidencia en la tabla contenida en las hojas No. 15 y 16 de la Resolución Sancionatoria, no significa que la **EAB** no haya implementado una política para la eliminación de agua en bloque, ni que en el marco de la misma no se haya ordenado la instalación de una válvula y dos platinas en la red de **COJARDÍN**. Para este Despacho, que la conducta no haya tenido el efecto esperado sobre el mercado y que además, en 2013, posterior a la instalación de la válvula, y que la nueva gerencia de la empresa haya cambiado su posición frente a la venta de agua en bloque, no son sinónimo de que la conducta sancionada no haya sido anticompetitiva. El aumento en las ventas totales de agua en bloque entre 2011 y 2012, año en el cual se instaló la válvula, no implica que la **EAB** no haya abusado de su posición de dominio. No obstante, es importante resaltar que entre 2012 y 2013 las ventas totales de agua en bloque sí disminuyeron en un porcentaje de 0,6%, y las ventas de agua en bloque a **COJARDÍN** lo hicieron en un porcentaje de 28,2%. Lo anterior le permite al Despacho concluir que pese a que las ventas de agua en bloque aumentaron entre 2009 y 2013, lo cierto que dicha cifra no es significativa ni relevante teniendo en cuenta que después de la instalación de válvula de control hidráulico sí disminuyeron. Así, se descarta el argumento por improcedente.

Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra una sanción

3.4. Consideraciones del Despacho sobre los argumentos relacionados con la caducidad de la facultad sancionatoria de la Superintendencia

Afirmaron los investigados que la facultad sancionatoria se habría caducado en la medida en la que la conducta que dio lugar a la investigación fue la instalación de una válvula en el punto de entrega del recurso hídrico a **COJARDÍN**, hecho que ocurrió el 18 de octubre de 2012, razón por la cual el término máximo con el que contaba esta Superintendencia para decidir definitivamente sobre la presente investigación era el 18 de octubre 2017.

Sobre el particular precisó que no puede calificarse una conducta como continuada por sus efectos, por lo que en este caso no podría argumentarse que la conducta fue de tracto sucesivo.

Al respecto, este Despacho aclara que, contrario a lo afirmado por los recurrentes, las conductas aquí sancionadas sí tienen el carácter de continuadas por lo que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009, el término de caducidad debía comenzarse a contar, a lo menos, desde el 20 de junio de 2013, fecha en la que cesó la conducta –como resultado de la orden impartida a título de medida cautelar por parte de esta Superintendencia–.

En efecto, la norma mencionada dispone:

“Artículo 27. Caducidad de la facultad sancionatoria. La facultad que tiene la autoridad de protección de la competencia para imponer una sanción por la violación del régimen de protección de la competencia caducará transcurridos cinco (5) años de haberse ejecutado la conducta violatoria o del último hecho constitutivo de la misma en los casos de conductas de tracto sucesivo, sin que el acto administrativo sancionatorio haya sido notificado.”

Teniendo en consideración el contenido de la norma debe recordarse que aquí se estudiaron tres (3) conductas: una política tendiente a eliminar la venta de agua en bloque, la obstrucción realizada contra **COJARDÍN**, y el trato discriminatorio dado a esta empresa.

De las tres (3) conductas, por estar relacionadas bajo los mismos supuestos de hecho, se tiene prueba de su continuidad al menos hasta que se desinstaló la válvula reguladora de presión, que fue levantada en razón de la orden impartida por esta Entidad de cesar con la conducta restrictiva a través de la desinstalación de la válvula, situación que se dio hasta el 20 de junio de 2013.

Confunde el recurrente los efectos de una conducta que ya cesó, con la continuidad de la conducta. En este caso la conducta seguía configurándose hasta que se desinstaló la válvula de presión, pues para entonces se seguía obstruyendo y otorgando un trato discriminatorio a **COJARDÍN** como materialización de la política de eliminación de la venta de agua en bloque. No se trató de los efectos, que de hecho pudieron seguir dándose después de junio de 2013, sino de la conducta perpetuada en el tiempo.

Considerar que esta conducta no tiene carácter de continuada sería tanto como considerar que un delito como el secuestro es una conducta de ejecución instantánea, que se configuraría al momento del rapto, mientras que el tiempo en cautiverio no podría tenerse como conducta sino meros efectos.

Por lo expuesto, es claro que el argumento presentado por los recurrentes carece de fundamento.

3.5. Consideraciones del Despacho sobre la proporcionalidad de la sanción

Los recurrentes presentaron diversos argumentos relacionados con la graduación de las sanciones, argumentando que resultaban desproporcionadas.

En relación con la multa impuesta a la **EAB** manifestaron, en primer lugar, que los suscriptores de **COJARDÍN** representan a duras penas e 0.01% de usuarios del servicio público de agua potable en Bogotá, es decir, menos del 1% del suministro del recurso hídrico en el Distrito, razón por la cual una sanción de más de 20 mil millones resulta irrazonable.

En segundo lugar, argumentaron que es absurdo el análisis sobre el criterio relativo al beneficio del infractor sobre la conducta, pues parte de un escenario imaginario de desaparición de la venta de agua en bloque por un supuesto “plan de expansión de la **EAB**”, que no existió.

Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra una sanción

En tercer lugar, insistieron en indicar que no existe ninguna prueba que acredite la afectación en el mercado, pues no hay evidencia de quejas entre noviembre de 2012 y junio de 2013, ni tampoco de contratos celebrados con otros prestadores o la prestación del servicio a alguno de sus suscriptores.

Al respecto este Despacho resalta que más allá del porcentaje total que represente la prestación del servicio de agua potable en Bogotá, lo cierto es que se afectaron a miles de usuarios finales de manera injustificada. Adicionalmente no se puede perder de vista que aquí también se sancionó una política corporativa restrictiva que afectaba a todos los municipios en los que el suministro de agua potable se realizaba través de la compra venta de agua en bloque.

Adicionalmente, se reitera que sí se probó que la **EAB** tenía como propósito final sustituir la venta de agua en bloque por una prestación directa al usuario final, por lo que es claro que la potencialidad a la que se refirió la Resolución Sancionatoria lejos está de ser un "imaginario", pues se trató de un objetivo concreto y expreso acreditado en el expediente.

En el mismo sentido, se insiste en que el efecto quedó plenamente probado y que la inexistencia de quejas para las fechas señaladas por los recurrentes solo obedece a la fecha en que se realizaron las visitas administrativas y no a la falta de afectación.

Sobre el particular argumento afirmó que la graduación de su sanción no podía tener como un criterio la supuesta afectación perpetuada por ocho (8) meses. Al respecto este Despacho reitera que sí tiene relación pues la investigada participó en la conducta probada que sí tuvo los efectos antes expuestos.

Ahora bien, argumento también la **EAB** que la conducta procesal desplegada en la investigación no debería tener un efecto neutral, pues demostró una intención clara de colaborar con la autoridad. En efecto, consideró la recurrente que esta Entidad debió tener en cuenta el acatamiento oportuno de la medida cautelar.

Sobre el particular se aclara que contrario a lo afirmado por la **EAB** ninguna de las personas investigadas en el marco de este trámite se comportaron de manera colaborativa. Por el contrario, negaron hechos –que incluso siguen negando hoy–, que están plenamente probados en el expediente.

En la misma línea **PAOLA MARÍA MIRANDA MORALES** argumentó que en las visitas administrativas realizadas por esta Entidad entregó toda la información requerida, circunstancia que debió valorarse como favorable en su conducta procesal

Respecto del cumplimiento oportuno de la medida cautelar debe tenerse en cuenta que era la obligación legal de la **EAB** cumplir oportuna y satisfactoriamente con la medida cautelar, por lo que no podría de forma alguna considerarse como "colaboración" ni como un comportamiento destacable cumplir con la ley.

Lo mismo sucede con la entrega de información requerida por esta Superintendencia, pues constituye –sin lugar a dudas– una obligación ineludible de toda persona a la que se eleve un requerimiento.

Y es que, en efecto, la colaboración que puede impactar en la tasación de la sanción no es ni puede predicarse del cumplimiento mínimo de las obligaciones de las partes en el marco del proceso. Ese comportamiento es el exigible a todo investigado, por lo que ante su acatamiento no puede sino tenerse con un efecto neutro.

De otro lado, afirmaron los investigados que no debieron tenerse en cuenta el patrimonio y los ingresos operacionales de 2015, sino la correspondiente a la época de los hechos investigados.

Así mismo, indicaron que esta Entidad debió tomar en consideración que para esa época la **EAB** prestaba otros servicios públicos distintos al acueducto, razón por la cual la multa no podía tasarse con base en el patrimonio completo de la empresa.

Al respecto debe comenzarse por indicar que el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, establece expresamente el patrimonio como uno de los criterios de graduación de la multa, pero no señala a qué periodo específico debe aplicarse. Por lo anterior, esta Superintendencia considera que tomar por regla general como punto de referencia el patrimonio más reciente del que se disponga, permite asegurar que la dosificación de la sanción se

Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra una sanción

realice con un valor actualizado del patrimonio, que refleje precisamente la capacidad de pago del infractor y su realidad patrimonial real. Por esta razón, así como resulta inadecuado utilizar los resultados económicos de una empresa de varios años atrás, también lo es usar como criterio de dosificación los estados financieros proyectados o el patrimonio esperado por la compañía en el futuro, pues en ambos escenarios se trataría de un ejercicio que no se correspondería con la realidad económica más cercana con la que cuenta la autoridad.

Ahora bien, frente al hecho de que el patrimonio de la **EAB** corresponde también a la prestación de otros servicios públicos distintos al acueducto, se recuerda que el porcentaje afectado fue mínimo, por lo que no se entiende el fundamento de la alegación del investigado. En efecto, la multa equivale al 0,3% del patrimonio registrado a 2015 y al 1,2% de sus ingresos operacionales de 2015, por un comportamiento con el que se infringieron tres (3) normas. En todo caso, los criterios de graduación se refieren al total del patrimonio.

Por todo lo expuesto es claro que los argumentos relacionados con la tasación de a sanción a la **EAB** carecen de fundamento.

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: CONFIRMAR en todas sus partes la Resolución No. 14305 del 28 de febrero de 2018, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte considerativa del presente acto administrativo.

ARTÍCULO SEGUNDO: NEGAR las solicitudes de nulidad presentadas por los recurrentes.

ARTÍCULO TERCERO: NOTIFICAR personalmente el contenido de la presente resolución a los recurrentes, entregándoles copia de la misma e informándoles que en su contra no procede ningún recurso.

ARTÍCULO CUARTO: COMUNICAR esta resolución a **GINO ALEXANDER GONZÁLEZ RODRÍGUEZ** y a **COOPJARDÍN E.S.P. LTDA.**

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los **17 SEP 2018**

El Superintendente de Industria y Comercio


PABLO FELIPE ROBLEDO DEL CASTILLO

Notificar:

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

Nit. 899.999.094-1

DIEGO FERNANDO BRAVO BORDA

C.C. 79.145.084

PAOLA MARÍA MIRANDA MORALES

C.C. 45.536.528

Apoderado

ERNESTO RENGIFO GARCÍA

C.C. 14.232.210

T.P. 49.467 del C.S. de la J.

Calle 69 No. 4 - 48, Oficina 202, Edificio Büro 69

Bogotá D.C.

Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra una sanción

Comunicar:

GINO ALEXANDER GONZÁLEZ RODRÍGUEZ

C.C. 19.348.597

Apoderado

CARLOS EDUARDO MEDELLÍN BECERRA

C.C. 19.460.352

T.P. 96.623 del C.S. de la J.

Calle 33 NO. 6B-24, Piso 7

Bogotá D.C.

COOPJARDÍN E.S.P. LTDA.

Nit. 830.059.215-2

Apoderado

ERNESTO DE FRANCISCO LLOREDA

C.C. 79.146.343

T.P. 43.684 del C.S. de la J.

Avenida 19 No. 108-45, Oficina 401

Bogotá D.C.