



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

RESOLUCIÓN NÚMERO - 5 2 7 8 4 DE 2015

(27 AGO 2015)

Radicado: 12-198834

VERSIÓN ÚNICA

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición contra una sanción"

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. 23621 del 12 de mayo de 2015³, la **SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO** (en adelante "SIC") sancionó a **SERVICIUDAD EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO - EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS** (en adelante "SERVICIUDAD"), por haber incurrido en la conducta prevista en el numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992, y consecuentemente en la prohibición general consagrada en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, al obstruir o impedir a la **COMPAÑÍA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS S.A. E.S.P** (en adelante "ACUASEO") el acceso a los mercados o canales de comercialización en el mercado de distribución y comercialización del servicio público domiciliario de agua potable en Dosquebradas, Departamento de Risaralda.

En la misma Resolución, la **SIC** sancionó a **CARLOS ANDRÉS VEGA ORTÍZ** por haber incurrido en la responsabilidad señalada en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, en cuanto fue pieza fundamental para la perpetración de la conducta de **SERVICIUDAD**, no solo por tolerarla, sino también por diseñar y ejecutar los requisitos establecidos a **ACUASEO** para el acceso a interconexión en el acaecimiento de hechos constitutivos de caso fortuito o fuerza mayor.

SEGUNDO: Que dentro del término señalado en la Resolución de sanción, **SERVICIUDAD** y **CARLOS ANDRÉS VEGA ORTÍZ** interpusieron recurso de reposición mediante escritos radicados con los Nos. 12-198834-130⁴ y 12-198834-131⁵ del 12 de junio de 2015.

TERCERO: Que de conformidad con lo establecido en el artículo 79 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), **CARLOS ANDRÉS VEGA ORTÍZ** solicitó, en su recurso de reposición, que se oficiara a la **SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS** (en adelante "SSPD") con el objeto de certificar que **SERVICIUDAD** ha cumplido con la Resolución No. 573 de la **COMISIÓN DE REGULACIÓN DE AGUA POTABLE Y**

¹ Mediante el cual se modificó el Decreto 3523 de 2009 que a su vez modificó la estructura y funciones de la Superintendencia de industria y Comercio

² Modificado por el Decreto Ley 19 de 2012.

³ Folios 2425 a 2486 del Cuaderno Público No. 11 del Expediente. En adelante, cuando en la presente Resolución se haga referencia "al expediente", debe entenderse que se trata del radicado No. 12-198834.

⁴ Folios 2487 a 2724 del Cuaderno Público No. 12

⁵ Folio 2725 a 2735 del Cuaderno Público No. 12

RESOLUCIÓN NÚMERO 5 2 7 8 4 DE 2015 Hoja No. 2

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición contra una sanción”

Radicado: 12-198834

VERSIÓN ÚNICA

SANEAMIENTO BÁSICO (en adelante “**CRA**”), la cual le había impuesto la servidumbre de interconexión de redes en favor de **ACUASEO**, al no haber sido sancionado por esa Entidad.

Estudiada la pertinencia, conducencia y utilidad de la prueba, la **SIC** encontró que la solicitud probatoria requerida resultaba inútil e impertinente al proceso, motivo por el cual rechazó su práctica mediante la Resolución No. 35584 del 10 de julio de 2015.

CUARTO: Que dentro del término para reponer la decisión de negar la práctica de la prueba solicitada, **CARLOS ANDRÉS VEGA ORTIZ** presentó recurso de reposición contra la misma, argumentando para ello que las razones expuestas por la **SIC** para negar la prueba solicitada resultaban contradictorias con los fundamentos que tuvo en cuenta al momento de sancionarlo, toda vez que manifestó que la prueba era impertinente e inútil, pero consideró el incumplimiento de la resolución de la **CRA** el motivo de la sanción a **SERVICIUDAD**.

Para atender esta impugnación, la **SIC** expidió la Resolución No. 52255 de 2015, en la que confirmó su decisión de negar la prueba documental en cuanto el hecho de que no se haya iniciado una investigación a **SERVICIUDAD** por parte de la **SSPD**, no implica automáticamente, que **SERVICIUDAD** hubiera cumplido la servidumbre impuesta por la **CRA**. Así como el hecho de que, a la fecha, exista o no una decisión en firme de la **SSPD** sobre el cumplimiento de **SERVICIUDAD** de la resolución de servidumbre impuesta por la **CRA**, no significa que hubiera cumplido con su deber constitucional y legal de respetar la libre competencia.

QUINTO: Que los investigados expusieron los siguientes argumentos para soportar los recursos de reposición impetrados contra la Resolución No. 23621, los cuales, en síntesis, expresan lo siguiente:

5.1. Argumentos comunes de los investigados

5.1.1. Inexistencia de un requisito de imposible cumplimiento

Reprochan los recurrentes la calificación de “*requisito de imposible cumplimiento*” que hace la Autoridad de competencia sobre la exigencia a **ACUASEO** de presentar una certificación, expedida por autoridad competente, que acredite la ocurrencia del hecho constitutivo de caso fortuito o fuerza mayor que permitiría la apertura de la interconexión. Manifiestan que la apreciación de la **SIC** de que “*la exigencia de **SERVICIUDAD** para acceder a la facilidad era de imposible cumplimiento, en la medida que ninguna autoridad certificaría el caso fortuito o fuerza mayor, mucho menos de forma inmediata a su ocurrencia, lo cual desnaturalizaba la inmediatez con que se requería el acceso a la fuente hídrica*”; es una apreciación personal y no técnicamente demostrada por parte de la Delegatura para la Protección de la Competencia y el Despacho del Superintendente de Industria y Comercio.

SERVICIUDAD manifiesta que la dificultad a la que se enfrenta **ACUASEO** para la consecución de la certificación no tiene nada que ver con la realidad. Para sostener lo anterior, cita diferentes calamidades que han surgido en el país – como la explosión del poliducto de Dosquebradas, Mineros de Río Sucio - Caldas, la tragedia del Municipio de Salgar, entre otras –, las cuales califica como hechos notorios y de público conocimiento frente a los cuales “*la certificación estaría inmersa en los sucesos que dieron lugar a la tragedia*”⁶, por lo que **SERVICIUDAD** daría apertura a la

⁶ Recurso de reposición radicado con el No. 12-19834-131 del 12 de junio de 2015, por el cual **SERVICIUDAD** impugró la Resolución de Sanción de la **SIC** No. 23621.

RESOLUCIÓN NÚMERO - 5 2 7 8 4 DE 2015 Hoja No. 3

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición contra una sanción”

Radicado: 12-198834

VERSIÓN ÚNICA

interconexión de manera inmediata *“sin exigir ningún soporte público pues se estaría frente a un hecho público (...)”*⁷

5.1.2. Ausencia de responsabilidad en el retraso en el cumplimiento de la Resolución No. 573 de 2011 expedida por la CRA

Los recurrentes manifiestan que las conclusiones a las que llega la **SIC**, respecto a que la demora en la suscripción del contrato de interconexión con **ACUASEO** correspondía a una negación sistemática e injustificada que desde el 2006 venía poniendo en práctica **SERVICIUDAD**, no corresponden a lo realmente ocurrido.

Sostienen que no se probó dentro del expediente que el supuesto retraso en el cumplimiento de la Resolución No. 573 de la **CRA** (por medio de la cual se impuso la servidumbre de interconexión a favor de **ACUASEO**) se hubiera producido por razones imputables a **SERVICIUDAD**. En particular, **CARLOS ANDRÉS VEGA ORTÍZ** afirma que ni siquiera se ha demostrado retraso alguno en el cumplimiento de la misma, como lo acreditaría el hecho que la **SSPD** no haya iniciado ninguna investigación en contra de **SERVICIUDAD** por ese particular.

Afirman que existieron muchas reuniones que habrían tenido lugar entre 2012 y 2013, a las cuales asistieron funcionarios de **SERVICIUDAD** y de **ACUASEO** (muchas de ellas citadas por **SERVICIUDAD**), y de las cuales habrían surgido inquietudes relativas a la ejecución de obras civiles e hidráulicas para la interconexión que no permitieron la suscripción del contrato con anterioridad, no por capricho de **SERVICIUDAD**.

5.2. Petición y argumentos de CARLOS ANDRÉS VEGA ORTÍZ

5.2.1. Petición

CARLOS ANDRÉS VEGA ORTÍZ solicita reponer en su totalidad la Resolución No. 23621, revocando las sanciones impuestas y ordenando el archivo del expediente radicado con el No. 12 198834. En caso de no acceder a las anteriores peticiones, solicita que se rebaje sustancialmente el monto de la sanción impuesta en cuanto siempre actuó de buena fe.

5.2.2. Argumentos

5.2.2.1. Responsabilidad personal

Manifiesta no compartir los argumentos de la **SIC** en torno a su reiterada negativa frente a las solicitudes de **ACUASEO** para otorgar la interconexión con las redes de **SERVICIUDAD**. Afirma que la prueba que señaló el Despacho para imputarle su responsabilidad, referida a la copia de la comunicación de fecha 27 de marzo de 2012 remitida por **JUAN ERNESTO VALENCIA RAMÍREZ**, exgerente de **SERVICIUDAD**, en la que informaba que el sustento de esa negativa obedecía principalmente al interés de la empresa en limitar el crecimiento de usuarios de **ACUASEO**, se tomó en el contexto equivocado. Afirma que esa comunicación del exgerente de **SERVICIUDAD** se da en el proceso de empalme cuando él asumió la gerencia, y tenía el fin de contextualizarlo, como nuevo gerente, para asistir a una citación de la **CRA**.

⁷ Párrafo transcrito del mismo recurso de **SERVICIUDAD** en su página 3.

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición contra una sanción”

Radicado: 12-198834

VERSIÓN ÚNICA

Así mismo, sostiene que no es posible otorgársele responsabilidad por los actos que a título personal desarrolló el exgerente de **SERVICIUDAD**, quien confiesa su actuar a través de la comunicación citada por la **SIC**.

5.2.2.2. Violación al debido proceso

Manifiesta que en la Resolución de sanción se califica como indicio grave de responsabilidad, la afirmación realizada por **CARLOS ANDRÉS VEGA ORTÍZ** de que *“acudiría a todas las acciones legales para evitar que se cristalice la referida servidumbre”*, y que se le sancionó por haber participado en la negociación del contrato de interconexión con **ACUASEO**, cuando se ha demostrado que siempre actuó ajustado a la Ley.

Considera que tomar como indicio en su contra el ejercicio de sus funciones como Representante Legal de **SERVICIUDAD**, como es defender los intereses de la sociedad con las herramientas que le otorga la Ley, es una violación al debido proceso. Agrega que la sanción de la **SIC** se ampara en el incumplimiento de la resolución de la **CRA**, cuando no existe investigación alguna sobre el particular por parte de la **SSPD**.

Finalmente, manifiesta que en la medida en que algunos de los hechos mencionados en la Resolución de Sanción habrían ocurrido durante los años 2006 y 2008, la acción sancionatoria habría caducado.

5.2.2.3. Desproporcionalidad de la sanción impuesta

Pretende el recurrente que la **SIC** revise la sanción impuesta en cuanto, en su concepto, actuó de manera diligente en el cumplimiento de sus funciones como representante legal, y bajo el convencimiento que no estaba violando norma alguna. Además, señala que aunque en el trámite adelantado por la **SIC** se concluyó que él había sido pieza fundamental en la perpetración de la conducta abusiva de la posición de dominio de **SERVICIUDAD**, su conducta estuvo orientada a sus deberes en defensa de esa sociedad y no a violar la Ley.

Solicita se le exonere del pago de la sanción o se disminuya su monto en la medida en que, en su criterio, no le cabe responsabilidad alguna en cuanto no se demostró que haya actuado de mala fe.

5.3. Petición y argumentos de SERVICIUDAD

5.3.1. Petición

Solicita que teniendo en cuenta que no existió ninguna violación al régimen de protección de la competencia que preste mérito para que se sancione a **SERVICIUDAD**, se archive la presente actuación.

5.3.2. Argumentos

5.3.2.1. Falta de análisis de pruebas aportadas

Solicita que para resolver el recurso de reposición sean analizadas y tenidas en cuenta algunas pruebas que a pesar de estar en el expediente, en su concepto, no fueron analizadas ni tenidas en cuenta por la **SIC**. Entre los documentos enlistados, **SERVICIUDAD** resalta algunos relacionados a comunicaciones entre ella y **ACUASEO** con el fin de llegar a acuerdos sobre los términos del contrato de

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición contra una sanción”

Radicado: 12-198834

VERSIÓN ÚNICA

interconexión, las aprobaciones que recibió **ACUASEO** por parte de la **CARDER** para el uso de fuentes alternativas de agua cruda y las comunicaciones expedidas por la **CRA** respecto a la interpretación de la orden emitida mediante la Resolución que impuso la servidumbre, entre otros.

5.3.2.2. Inexistencia de casos fortuitos o de fuerza mayor

Afirma que el hecho de que tenga posición de dominio en el mercado no es sinónimo de abuso de la misma, tal como lo pretenden hacer ver la **SIC** y **ACUASEO**. Sostiene que no han existido posibilidades de que ejercite el posible abuso alegado, ya que hasta la fecha no se han presentado situaciones de caso fortuito o fuerza mayor. Lo que sí ha ocurrido es que **SERVICIUDAD**, de forma consensual, ha definido los requisitos indispensables para hacer efectiva la decisión de la **CRA**.

SEXTO: Que estudiados los argumentos expuestos por los recurrentes, y de conformidad con el artículo 80 del CPACA, este Despacho procede a resolver los recursos de reposición interpuestos por las sancionadas contra la Resolución No. 23621, en los siguientes términos:

6.1. Existencia de un requisito de imposible cumplimiento

Los argumentos presentados por **SERVICIUDAD**, lejos de ser idóneos para revocar o modificar la decisión sancionatoria, reafirman los conceptos que llevaron a la **CRA** a ordenar la servidumbre en cabeza de **ACUASEO**, y a la **SIC** a imponer una sanción por obstruir el mercado afectado en la presente actuación.

SERVICIUDAD argumenta que la servidumbre fue impuesta únicamente para eventos de caso fortuito o fuerza mayor, por lo cual era viable solicitar certificaciones frente a su ocurrencia en los términos pactados, sin que el cumplimiento del requisito exigido para que operara la servidumbre fuese de imposible cumplimiento.

Contrario a lo manifestado por el recurrente, para este Despacho es claro que el requisito impuesto por **SERVICIUDAD**, conforme al cual -para hacer efectiva la servidumbre de agua- **ACUASEO** debía acreditar el evento constitutivo de caso fortuito o fuerza mayor, a través de una certificación expedida por Autoridad Estatal competente, primero con anterioridad a la apertura de la válvula, y posteriormente dentro de los cinco (5) días calendario siguientes a la solicitud de apertura, era, en la práctica, de imposible cumplimiento. En efecto, con dicho requisito se hacía nugatoria la imposición de la servidumbre ordenada por la **CRA**, atendiendo a las siguientes razones:

En primer lugar, como se anotó en la Resolución sancionatoria, si bien la servidumbre se decretó para eventos constitutivos de caso fortuito o fuerza mayor conforme fue solicitado por **ACUASEO**, la **CRA** no estableció que para la implementación de la interconexión se necesitara acreditar por una Entidad Estatal el evento constitutivo de dichas situaciones, ni mucho menos establece un plazo para tal fin. Esto, aunado a las nefastas consecuencias jurídicas que le atribuye **SERVICIUDAD** a la imposibilidad de obtener la certificación, es decir, la suspensión o terminación del contrato de interconexión.

En segundo lugar, no existe Autoridad Estatal encargada de calificar un evento como de “caso fortuito o fuerza mayor”, mucho menos para dar lugar a la apertura de una válvula para acceder a un recurso hídrico, o para mantenerla después de cinco (5) días de ocurrido el evento. Pero incluso si existiera dicha Autoridad -cosa que no es

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición contra una sanción”

Radicado: 12-198834

VERSIÓN ÚNICA

así-, es evidente que no certificaría la ocurrencia de tal hecho de forma inmediata o dentro de los cinco días siguientes al hecho.

De hecho, la propia **CRA** tuvo oportunidad de pronunciarse frente a la estructura de este proyecto de cláusula en cuanto al plazo para la acreditación del hecho generador de caso fortuito o fuerza mayor; y fue así como a través de una comunicación del 5 de diciembre de 2012, dirigida a **SERVICIUDAD**, concluyó diciendo que:

*(...) es pertinente aclarar que prácticamente sería improbable que en presencia de una emergencia que constituya un caso fortuito o fuerza mayor, se pudiera obtener una certificación previa a tomar las medidas necesarias para atenderla (...)*⁸.

La exigencia se agrava si se tiene en cuenta que en un principio **SERVICIUDAD** exigió que la certificación se presentara como requisito para abrir la válvula y otorgar acceso al agua, con lo cual se requería que la Entidad Estatal emitiera una certificación de forma inmediata. Es decir, para que **ACUASEO** pudiera abastecer a sus clientes de un servicio público esencial se le exigía el cumplimiento de un requisito imposible, lo cual resulta inaceptable no solo frente al derecho que tiene un competidor de no ver obstruida su participación en el mercado, sino al derecho que tienen los consumidores de recibir servicios públicos esenciales de forma oportuna e idónea.

Más aún, quedó evidenciado que el diferendo principal para la suscripción del contrato de interconexión radicó, en esencia, en la definición de este requisito. Prueba de lo anterior es que el plazo para satisfacer este requerimiento pasó de ser concomitante al hecho generador, a las siguientes 72 horas⁹ desde su ocurrencia, hasta desembocar en los 5 días que quedaron estipulados en el contrato firmado. Aun así, esos 5 días resultan insuficientes para obtener dicho documento, pues atendiendo a los términos legales del derecho de petición, tal como lo establece el artículo 14 del **CPACA**, modificado por la Ley 1755 de 2015, toda autoridad tiene quince (15) días para resolver una solicitud de esta naturaleza, tiempo que se escapa de los limitados 5 días que **SERVICIUDAD** otorgaba a **ACUASEO**.

El que hubiesen existido negociaciones entre **ACUASEO** y **SERVICIUDAD** a lo largo del tiempo no implica la inexistencia de la infracción, ya que como se dijo, el diferendo principal estaba en la acreditación de un requisito que en la práctica no podría ser cumplido, lo que era idóneo para marginalizar al competidor y demorar cualquier interconexión, como en efecto ocurrió. La razón por la cual la negociación no se concretaba era precisamente por la imposición del requisito, lo cual por obvias razones derivó en una dilación de la firma de un acuerdo que, de hecho, siguió siendo anticompetitivo.

Por otra parte, aun teniendo por cierto que la consecución de la certificación se pudiera hacer dentro del plazo otorgado, o que existiera un tiempo suficiente para lograr una respuesta de las autoridades –cosa que no ocurrió–, la incertidumbre existente sobre quién es la autoridad llamada a certificar cada uno de los hechos constitutivos de caso fortuito o fuerza mayor no permitía a **ACUASEO** realizar las actuaciones pertinentes para obtenerlo. Lo que es peor, aun pudiendo acudir a la autoridad indicada, sus procedimientos, trámites y demás actuaciones para la

⁸ Folios 68 a 70 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

⁹ Cfr. Con el contenido del folio 740 del Cuaderno Público No. 4 del Expediente.

RESOLUCIÓN NÚMERO - 5 2 7 8 4 DE 2015 Hoja No. 7

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición contra una sanción"

Radicado: 12-198834

VERSIÓN ÚNICA

obtención de la certificación podían afectar sustancialmente el cumplimiento de dicho requisito, en especial el del tiempo.¹⁰

Sumado a lo anterior, se debe tener en cuenta que a lo largo de la investigación se logró demostrar, entre otras cosas, que: (i) **SERVICIUDAD** ostenta posición de dominio en un mercado de especial atención, pues se trata del suministro de agua potable en el municipio de Dosquebradas, en el departamento de Risaralda; (ii) que la conducta obstructiva desplegada por **SERVICIUDAD** se considera especialmente grave por el Régimen de Servicios Públicos (Ley 142 de 1994), toda vez que se trata de una empresa con posición dominante en virtud del control que tiene sobre facilidades comunes (i.e. red de acueducto), cuyo uso requieren otros competidores para poder competirle, ya que por tratarse de un monopolio natural resulta sumamente costoso que cada uno tienda su propia red por el mismo lugar en la que la tienen otros competidores; y (iii) el requisito de la certificación resulta arbitrario en términos de competencia, ya que es innecesario si lo que se busca con él es acreditar la ocurrencia de un hecho que como la misma **SERVICIUDAD** calificó *"puede ser notorio"*. Esta situación, a todas luces, deja entrever el objetivo reconocido por **SERVICIUDAD** de impedir la expansión de **ACUASEO**.

En esos términos, es evidente que el requisito impuesto para acceder a la servidumbre era de imposible cumplimiento, e idóneo para obstruir el acceso de **ACUASEO** al mercado y atender de forma idónea sus clientes, con lo cual el argumento propuesto por las sancionadas no está llamado a prosperar.

Contrario a lo afirmado en el recurso, el hecho de que no hubiese ocurrido un evento de caso fortuito o fuerza mayor, como lo alega **SERVICIUDAD**, durante el tiempo en que duró la obstrucción, no implica que la conducta deje de ser ilegal. Debe recordarse que las conductas anticompetitivas se sancionan por objeto y como efecto, y que cualquier práctica tendiente a limitar la libre competencia resulta contraria al régimen legal, incluso si no llega finalmente a producir sus efectos. El que la práctica haya producido sus efectos agravaría la conducta y derivaría en la imposición de una sanción mayor, por lo cual la inexistencia del efecto es un factor de dosificación en los casos en que la conducta por objeto a se verificó.

Más aún, en el expediente hay pruebas -que no han sido desvirtuadas por **SERVICIUDAD** ni por la persona natural sancionada-, y que demuestran el móvil o intención que se tuvo al imponer los requisitos. Si bien en los casos sobre libre competencia, como lo ha dicho la jurisprudencia¹¹, no es necesario probar la intención sino el objeto (dos conceptos diferentes), en este caso las pruebas no dejan duda de cuál era el móvil de los investigados al ejecutar su conducta.

En la Resolución recurrida se citó la comunicación del 12 de marzo de 2012 remitida por **CARLOS ANDRÉS VEGA ORTÍZ** a **ROBERTO PARRA FLÓREZ**, Gerente de **ACUASEO**, en la que se manifestó:

*"Adicionalmente, me permito manifestarle que acudiremos a todas las medidas legales para evitar que se cristalice la imposición de la servidumbre mencionada, pues tenemos claro que la misma atenta contra los intereses de los Dosquebradenses."*¹²

¹⁰ Cfr. Ejemplo de lo mencionado se puede verificar en el folio 2089 del Cuaderno Público No. 9 del Expediente.

¹¹ Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia del 28 de enero de 2010, expediente 25000-23-24-000-2001-00364-01.

¹² Folio 50 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición contra una sanción"

Radicado: 12-198834

VERSIÓN ÚNICA

El recurrente **VEGA ORTÍZ** señala que la SIC no puede considerar que él, como representante legal, quisiera evitar la imposición de la servidumbre en favor de su competidor, ya que es absolutamente legal acudir a vías jurídicas para defender la posición de una empresa, con lo cual dice que es ilícito que la SIC base su decisión en esta prueba.

Contrario a lo afirmado por el recurrente, esta Superintendencia no consideró que dicha comunicación probara una conducta ilícita, o que acudir a acciones jurídicas fuera por sí mismo anticompetitivo. Lo citó para respaldar que el agente tenía la intención de no permitir que se llevara a cabo la servidumbre, para lo cual no utilizó vías legales sino vías ilegales, no cual no es lícito. Una cosa es oponerse ante las Autoridades para el otorgamiento de la servidumbre, y otra muy diferente realizar maniobras por fuera de la ley para que los efectos de la servidumbre se materialicen, como en efecto ocurrió en este caso. Así lo manifestó la SIC en la resolución hoy atacada, así:

"De la anterior comunicación, se aprecia el deseo manifiesto de la empresa investigada en impedir a toda costa la materialización de la servidumbre impuesta por la CRA, lo cual, en principio, es lícito. Sin embargo, no lo es cuando el agente –como se verá más adelante–, no acude a vías legales sino a conductas contrarias a la libre competencia para evitar que un agente económico se afiance en el mercado."

Es falso entonces que la SIC haya considerado que ejercer recursos jurídicos es ilícito, cuando manifestó todo lo contrario en la decisión sancionatoria. Lo que sí encontró inaceptable la Entidad es evitar que se materialice la servidumbre no por vías legales sino por vías ilegales.

Así mismo, y como se afirmó en la Resolución recurrida, no encuentra el Despacho *"la razón por la cual se afirma en la comunicación que la implementación de la servidumbre entre las redes de ACUASEO y SERVICIUDAD pueda "atentar contra los intereses de los Dosquebeadences" como lo afirma el Representante Legal de SERVICIUDAD, cuando por el contrario, en realidad la interconexión redundaba en beneficio de los consumidores de dicha zona geográfica, tanto en los que ya se encuentran afiliados a ACUASEO, como aquellos que pretenden otras opciones de prestador del servicio público de acueducto. Tan es esto cierto que la propia CRA así lo decretó."*

Pero más importante aún, la comunicación del 27 de marzo de 2012 remitida por **JUAN ERNESTO VALENCIA RAMÍREZ**, ex gerente de **SERVICIUDAD** a **CARLOS ANDRÉS VEGA ORTÍZ**, su actual gerente, no deja duda sobre la estrategia que estaba implementando y siguió implementando **SERVICIUDAD** para impedir el acceso de **ACUASEO** al mercado. En dicha comunicación se manifestó:

"Serviciudad desde el año 2006, negó reiterativamente la solicitud de venta, alquiler del tubo o pago de peaje por uso compartido, realizadas por Acuaseo a las diferentes administraciones, el sustento para la negativa obedecía principalmente al interés de Serviciudad de limitar el crecimiento de usuarios de Acuaseo SA ESP, en la zona de expansión nororiental del municipio de Dosquebradas, precepto válido desde nuestra óptica; pero incorrecto desde la posición del ente regulador del estado, pues se estaba abusando de posición dominante. La intervención del organismo regulador de servicios públicos de acueducto CRA era de esperarse, pues las Leyes y normas son claras respecto de los usos compartidos y al limitar el abuso de posición dominante.

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición contra una sanción"

Radicado: 12-198834

VERSIÓN ÚNICA

Los esfuerzos de Serviciudad, por continuar defendiendo nuestra supremacía comercial, a través de limitar el crecimiento de oferta hídrica de la competencia cercana, han sido grandes en entorno del proceso de la CRA, para imponer servidumbre de uso compartido; sin embargo, es muy difícil sustentar técnicamente que no se tiene disponibilidad de transporte desde Empocabal hasta La Romelia sobre todo cuando es evidente una conducción de 10 pulgadas completamente vacía. (...) Por otro lado, se manifiesta que la necesidad de tener redundancia en el sistema de conducción, es una causa suficiente para que la CRA niegue la servidumbre; sin embargo, la CRA tendrá que decidir sobre un ducto que no se usa hace un poco más de 4 años y la solicitud del peticionario, que manifiesta lo requiere para soportar una emergencia como la acaecida recientemente por la tragedia ocasionada por la explosión del poliducto Puerto Salgar - Cartago.

(...)

Manifiesto expresamente que en mi periodo de administración de Serviciudad ESP, nunca estuve interesado en la interconexión siguiendo precisamente los lineamientos de mi Junta Directiva y pueden estudiarse las respuestas a los autos de la CRA y el recurso interpuesto, para evidenciar esta situación. (...).¹³ Subrayado y negrilla fuera del texto.

En la Resolución recurrida el Despacho señaló que tal prueba resultaba concluyente "a la luz del análisis que se viene haciendo del comportamiento abusivo por parte de **SERVICIUDAD**, ya que en la misma se advierte una conducta sistemática y una intención por parte de la empresa investigada de limitar la competencia y el crecimiento de **ACUASEO** en el mercado, conducta que se materializó posteriormente con la imposición de requisitos incumplibles para acceder a la infraestructura de **SERVICIUDAD** en virtud del contrato de interconexión." Y añadió esta Superintendencia que "de tiempo atrás la intención de la empresa investigada se encamina a limitar el crecimiento en la participación de **ACUASEO** en el mercado de distribución y comercialización del servicio público de agua potable en Dosquebradas (Risaralda), en especial, en la zona nororiental de dicho municipio."

Frente a esta prueba, el recurrente **VEGA ORTÍZ** señala que constituía simplemente un reporte y que él no puede ser culpable del mismo, ya que siempre obró de buena fe. Nótese, sin embargo, que la conducta obstructiva continuó bajo su administración e incluso se materializó en un contrato cuyos requisitos eran idóneos para que la servidumbre no pudiera ser implementada en la práctica, al exigir una certificación que ninguna autoridad expediría, mucho menos en los términos señalados por **SERVICIUDAD**. Así, no es cierto que el señor **VEGA ORTÍZ** hubiese actuado de buena fe o que fuera ajeno a la conducta implementada y ejecutada a través del tiempo por **SERVICIUDAD**.

Nótese por demás cómo era absolutamente claro para **SERVICIUDAD** y el señor **VEGA ORTÍZ**, que no existía argumento técnico o de conveniencia de interés general para negar la interconexión, con lo cual la supuesta defensa de los intereses de los Dosquebradenses a la que hace referencia **VEGA ORTÍZ** no era sino una defensa de los intereses económicos de **SERVICIUDAD**.

Frente a este aspecto, este Despacho ratifica lo ya dicho en la Resolución recurrida, así:

¹³ Folios 1298 y 1299 del Cuaderno Público No. 7 del Expediente.

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición contra una sanción”

Radicado: 12-198834

VERSIÓN ÚNICA

*En primer lugar, en relación con los elementos técnicos involucrados en el proceso de interconexión, **SERVICIUDAD** no solo contaba con una capacidad instalada ociosa cuyo acceso negó deliberadamente a **ACUASEO**, sino que como se observa en la evidencia documental que se estudia, era conocedora de la normatividad legal sobre la materia, esto es, el artículo 2.3.1.2 de la Resolución **CRA** No. 151 de 2001¹⁴, el cual contemplaba como una obligación correlativa al otorgamiento del acceso consistente en que el solicitante del acceso a la infraestructura debería asumir los respectivos costos de la interconexión. Teniendo en cuenta lo anterior, **SERVICIUDAD** también optaría no solo por negar el acceso, sino por cobrar un **precio prohibitivo** por el mismo que no pudiese ser pagado por **ACUASEO**, conducta que en la práctica equivaldría a una negativa de acceso. Así lo deja ver la comunicación citada anteriormente, según la cual:*

*“El escenario debería ser entonces el fijar un precio de peaje lo suficientemente alto, para desmotivar al beneficiario por la opción de usar la infraestructura de **Serviciudad**.”¹⁵*

Nótese que ya en este caso no se trataba de argüir aspectos técnicos relacionados con la implementación de la servidumbre, ni mucho menos la acreditación del evento generador del caso fortuito o la fuerza mayor dentro de un plazo exiguo, sino de la imposición de una barrera de entrada artificial consistente en el cobro de un valor de peaje por el uso de la red tan elevado, que la empresa beneficiaria de la servidumbre desistiría de hacer uso de la misma.

*El último aspecto que se resalta de la comunicación objeto de análisis es la total conciencia de la ilegalidad de la conducta desplegada por **SERVICIUDAD**, a la luz de las normas de protección de la competencia. En efecto, la estrategia urdida en precedencia se materializó de la siguiente manera:*

*“Con esta visión, encargué a planeación, el desarrollo de una estructura de costos y tarifas para el cobro del peaje de agua en bloque a través de nuestra infraestructura, el resultado fue de \$566,48 por metro cúbico a precios de diciembre del año 2010, precio que se ajustaba a los intereses de **Serviciudad** para limitar la competencia.”¹⁶ (Resaltado y subrayado fuera de texto).*

*Así las cosas, resulta evidente que el precio de peaje proyectado para el año 2010 que ascendía a \$566,48, fuera finalmente convenido por las partes para el mes de septiembre de 2013 en \$321.29¹⁷, lo cual refleja que efectivamente la estrategia de **SERVICIUDAD** tenía un propósito obstructivo del mercado con miras a prevenir la expansión de su principal rival, **ACUASEO**.*

¹⁴ **ARTÍCULO 2.3.1.2 OBLIGACIONES DE LA PERSONA PRESTADORA BENEFICIARIA.** “La Persona prestadora beneficiaria tendrá, además de las que se pacten contractualmente, las siguientes obligaciones”:

(...)

d) Asumir los respectivos costos de conexión el sistema de la persona prestadora transportadora;

(...)”.

Es de advertir que en la actualidad esta norma se encuentra derogada por virtud del artículo 17 de la Resolución **CRA** No. 608 del 25 de abril de 2012.

¹⁵ Folio 1299 del Cuaderno Público No. 6 del Expediente.

¹⁶ Folios 1513 del Cuaderno Público No. 6 del Expediente.

¹⁷ Folio 1299 del Cuaderno Público No. 6 del Expediente.

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición contra una sanción”

Radicado: 12-198834

VERSIÓN ÚNICA

*Por lo anteriormente analizado, para esta Entidad es claro que **SERVICIUDAD** no solo abusó de su posición de dominio al obstruir e impedir a competidores el acceso y permanencia efectiva en el mercado, contraviniendo así el numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 (obstruir o impedir a terceros, el acceso a los mercados o a los canales de comercialización), sino que además era absolutamente consciente del carácter anticompetitivo e ilegal de su conducta. En otras palabras, no solo abusó de la posición de dominio sino que además sabía que estaba cometiendo una conducta ilegal y contraria a la libre competencia.”*

No es cierto entonces que **SERVICIUDAD** y el señor **VEGA ORTÍZ** hubiesen actuado de buena fe; todo lo contrario, tenían perfectamente claro que su conducta era ilegal, obstructiva y anticompetitiva, y tomaron acciones efectivas para evitar la participación de **ACUASEO**, entre ellas impedir una real interconexión o hacerla imposible en la práctica. Tan es así que en su recurso no ofrecen una explicación jurídica o económica razonable para respaldar su negativa a otorgar la servidumbre sostenida durante varios años.

De esta manera, la afirmación de que *“nunca infringieron ni obstruyeron el acceso a la interconexión”* resulta contraria a la verdad demostrada en el expediente.

Más aún, no entiende este Despacho cómo los recurrentes pretenden desvirtuar el valor de las manifestaciones del exgerente de **SERVICIUDAD**, alegando que se trata de simples apreciaciones personales, cuando se trata de un informe de rendición de cuenta de sus actuaciones como gerente y, peor aún, cuando manifiesta abiertamente que su posición en contra de la interconexión se debía a seguir **“precisamente los lineamientos de mi Junta Directiva”**.

6.2. La obstrucción a ACUASEO y el retraso de la efectividad de la interconexión por causas imputables a SERVICIUDAD

De la mano con lo manifestado en el numeral anterior, y contrario a los alegatos expuestos por los recurrentes, del acervo probatorio que obra en el expediente se pueden identificar todas las maniobras adoptadas por **SERVICIUDAD** para impedir el acceso de **ACUASEO** a sus redes.

En primer lugar, no hay que perder de vista que el trámite administrativo que se adelantó ante la **CRA**, el cual desembocó en la servidumbre impuesta por la Resolución No. 573 de esa Entidad, tuvo su origen en una petición de **ACUASEO** ante *“la negativa de **SERVICIUDAD E.S.P.** para suscribir un contrato de interconexión o servidumbre”*. Es de mencionar que la intención de **ACUASEO** de acceder a la red de **SERVICIUDAD** para trasladar recursos hídricos para satisfacer a sus usuarios, nuevos y existentes, se venía adelantando desde tres años antes de la solicitud de la imposición de la servidumbre, como dicha sociedad expresó ante la **CRA** en abril de 2010. Por lo anterior, el trámite administrativo que se adelantó ante la Entidad regulatoria sólo fue un nuevo intento de **ACUASEO** para lograr que **SERVICIUDAD** le permitiera una interconexión necesaria para competir, y en especial, cubrir el suministro del líquido vital a sus usuarios en casos fortuitos y de fuerza mayor.

En segundo lugar, resulta ilustrativo que haya sido la misma **CRA** la que remitiera a esta Superintendencia la comunicación de **ACUASEO**, en la que solicitaba la intervención de ese Ente regulatorio, con miras a investigar una posible dilación de **SERVICIUDAD** en la implementación de la servidumbre ordenada por la **CRA**. Esta situación resulta muy dicente, pues la **CRA** consideró que la **SIC** podría estar llamada a investigar la conducta desplegada por **SERVICIUDAD**, ya que de no haber considerado que la **SIC** era competente no hubiera remitido la comunicación de

RESOLUCIÓN NÚMERO 5 2 7 8 4 DE 2015 Hoja No. 12

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición contra una sanción”

Radicado: 12-198834

VERSIÓN ÚNICA

ACUASEO para que esta Entidad indagara aquello que se relacionara con *“lo de su competencia”*.

En tercer lugar, se debe tener en cuenta que gran parte de las inquietudes técnicas que retrasaron la entrada en vigencia de la servidumbre (capacidad técnica de infraestructura, modelación hidráulica concreta del sector, utilización de los ductos y otras), fueron asuntos tratados durante la actuación administrativa adelantada por la **CRA** durante 2011, dentro de la que se ordenaron sendos requerimientos de información **SERVICIUDAD**, frente a las cuales esta sociedad hizo caso omiso. Esto aunado a lo ya demostrado sobre que **SERVICIUDAD** tenía plena claridad sobre la inexistencia de aspectos técnicos que justificaran la negativa de acceso a la servidumbre.

Como se evidencia de la misma Resolución No. 573 de 2011 emitida por la **CRA**, el actuar de **SERVICIUDAD** durante el trámite administrativo para la fijación de la servidumbre se caracterizó por no contestar los requerimientos de información, hacerlo de forma incompleta cuando lo hacía y presentar documentación sin sustento técnico. Aunado a lo anterior, solicitó prórrogas para contestar requerimientos que, pese a ser concedidas por la **CRA**, tampoco fueron atendidas. En estos términos, también en dicho procedimiento hubo variadas dilaciones de parte de **SERVICIUDAD**.

Adicionalmente, quedó en evidencia la verdadera intención de **SERVICIUDAD** con todas estas actuaciones, sumadas a la comunicación remitida por **JUAN ERNESTO VALENCIA RAMÍREZ**, exgerente de **SERVICIUDAD**, a **CARLOS ANDRÉS VEGA ORTÍZ**, su actual gerente, en la que le manifestó lo siguiente respecto a la fijación del peaje (cobro por el paso de agua de otro agente):

“El escenario debería ser entonces el fijar un precio de peaje lo suficientemente alto, para desmotivar al beneficiario por la opción de usar la infraestructura de Serviciudad.”

(...)

Con esta visión, encargué a planeación, el desarrollo de una estructura de costos y tarifas para el cobro del peaje de agua en bloque a través de infraestructura, el resultado fue de \$566.48 por metro cúbico a precios de diciembre del año 2010, precio que se ajustaba a los intereses de Serviciudad para limitar la competencia”¹⁸

Aunado a lo anterior, resulta más que ilustrativo el artículo de prensa de junio 13 de 2009 publicado en el Diario La Tarde (cuya copia reposa en el expediente), en el que el medio de comunicación afirma que **CARLOS ANDRÉS VEGA ORTÍZ** expresó que: *“[s]i Empocabal desea venderle también agua a otra empresa deberá construir su propia infraestructura y afirma además que ellos al igual que Acuaseo, quieren ganar más usuarios”*¹⁹

Por todo lo expuesto, no son de recibo los argumentos presentados por los recurrentes respecto a que las demoras en la suscripción del contrato de interconexión, y hoy en día la dificultad para puesta en práctica del mismo, no son imputables a **SERVICIUDAD**, cuando existe amplia evidencia de que las demoras fueron imputables a la imposición de un requisito de imposible cumplimiento en la práctica y a una conducta dilatoria de parte de **SERVICIUDAD** cuya intención queda clara de las pruebas obrantes en el expediente.

¹⁸ Folio 1299 del Cuaderno Público No. 6 del Expediente.

¹⁹ Folio 104 del cuaderno Público No. 1 del Expediente.

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición contra una sanción"

Radicado: 12-198834

VERSIÓN ÚNICA

6.3. Responsabilidad de CARLOS ANDRÉS VEGA ORTÍZ

Tampoco son de recibo los argumentos presentados por **CARLOS ANDRÉS VEGA ORTÍZ** respecto a la ausencia de su responsabilidad y la violación del debido proceso. Por una parte, hay evidencias suficientes de que su actuar personal impactó por acción y omisión el acaecimiento de la conducta obstructiva sancionada a **SERVICIUDAD**, tal y como se reiterará más adelante. Por otra parte, es claro que el juicio de reproche que se hace sobre el actuar de un representante legal no se basa en el uso de herramientas jurídicas para defender los intereses de la sociedad que representa, sino en el uso de las mismas –y de otras- en pro de que la conducta anticompetitiva sancionada al agente que representa.

No podemos olvidar que según el numeral 12 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011²⁰, en concordancia con el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009²¹, es función de esta Superintendencia imponer a cualquier persona que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia y competencia desleal, multas hasta por un equivalente a dos mil salarios mínimos legales mensuales (2.000 SMLMV) al momento de la imposición de la sanción.

Así, teniendo en cuenta que las personas jurídicas tienen la posibilidad de actuar en los mercados a través de sus representantes, directivos, empleados, o en general cualquier persona vinculada a ellas, convirtiendo a estas personas en sujetos sancionables por las leyes de competencia en la medida en que ejecuten, colaboren, toleren, faciliten o autoricen la conducta violatoria de las disposiciones sobre protección de la competencia, la responsabilidad personal a que alude el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, emana de un comportamiento (acción u omisión) frente a la conducta ejecutada por el agente de mercado que comete la infracción (i.e. **SERVICIUDAD**).

En esta medida, la responsabilidad del facilitador de una práctica restrictiva se desprende directamente de su actuar, vía acción u omisión, y no de la naturaleza de su cargo o vinculación con el agente de mercado sancionado. Esto quiere decir que la pertenencia o afiliación de una persona a una empresa, en calidad de representante legal, miembro de junta directiva y, en general, de administrador, no implica automáticamente su responsabilidad por la comisión de la conducta anticompetitiva.

En efecto, una vez clara la infracción al régimen por parte del agente del mercado, solo se podrá sancionar a la persona que realizó una conducta encaminada a que el agente de mercado cometiera la infracción, o que pudiendo, o debiendo hacerlo, omitiera adoptar medidas para evitar su realización o duración de los efectos.

²⁰ **"ARTÍCULO 3. FUNCIONES DEL DESPACHO DEL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO.** *Son funciones del Despacho del Superintendente de Industria y Comercio: (...)*

12. Imponer a cualquier persona natural que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia y competencia desleal las multas que procedan de acuerdo con la ley.(...)"

²¹ **"ARTÍCULO 26. MONTO DE LAS MULTAS A PERSONAS NATURALES.** *(...) Imponer a cualquier persona que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia a que se refiere la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y normas que la complementen o modifiquen, multas hasta por el equivalente de dos mil (2.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de la imposición de la sanción, a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio (...)."*

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición contra una sanción"

Radicado: 12-198834

VERSIÓN ÚNICA

El acto recurrido fue muy claro al estudiar la incidencia de **CARLOS ANDRÉS VEGA ORTÍZ** en la comisión y mantenimiento de la conducta obstructiva, y con ello, los motivos suficientes por los cuales se le sancionó:

*"Pues bien, en lo que se refiere al comportamiento desplegado por **CARLOS ANDRÉS VEGA ORTÍZ**, encuentra la Superintendencia que con su conducta colaboró, facilitó, autorizó, ejecutó y también toleró la conducta restrictiva de la competencia de abuso de posición dominante por obstrucción desplegada por **SERVICIUDAD**.*

De lo anterior da cuenta, entre otras cosas, su declaración rendida ante esta Entidad el 10 de mayo de 2013, donde manifestó que fue él quien junto al abogado de la empresa, decidió imponer el requisito de certificación consistente en la acreditación del evento constitutivo de caso fortuito o fuerza mayor:

"Despacho: ¿Quién determina esas cláusulas (...) quién determinó lo de la certificación?

***CARLOS ANDRÉS VEGA ORTIZ:** la empresa tiene la figura de Secretaría General, que hace las veces de jurídico de la empresa (...) quien determinó el contenido del contrato, obviamente, yo que también soy abogado, que soy el gerente, tengo la obligación de revisar en qué condiciones se envía pues el contrato, después de discutirlo con el abogado decidimos que era necesario una certificación (...)"²².*

*Teniendo en cuenta lo anterior, concuerda el Despacho con la Delegatura en que el investigado **CARLOS ANDRÉS VEGA ORTIZ** tuvo un papel principal en el despliegue de la conducta, al haber colaborado él en la definición de las cláusulas que se habrían utilizado como vehículo para que **SERVICIUDAD** abusara de su posición dominante.*

*De hecho, fue **CARLOS ANDRÉS VEGA ORTIZ** quien el día 19 de septiembre de 2013 finalmente firmó el contrato de interconexión No. 165-2013 que impuso las cláusulas de imposible cumplimiento idóneas para negar el acceso a la infraestructura de **SERVICIUDAD**, tal y como consta a folios 1510 a 1516 del Cuaderno Público No. 7 del Expediente.*

*Más aún, es evidente que **CARLOS ANDRÉS VEGA ORTIZ**, como destinatario de la comunicación del 27 de marzo de 2012 remitida por **JUAN ERNESTO VALENCIA RAMÍREZ**, ex gerente de **SERVICIUDAD** a **CARLOS ANDRÉS VEGA ORTIZ**, y en la que se manifestaba que: "Serviciudad desde el año 2006, negó reiterativamente la solicitud de venta, alquiler del tubo o pago de peaje por uso compartido, realizadas por Acuaseo a las diferentes administraciones, el sustento para la negativa obedecía principalmente al interés de Serviciudad de limitar el crecimiento de usuarios de Acuaseo, en la zona de expansión nororiental del municipio de Dosquebradas" y que "Los esfuerzos de Serviciudad, por continuar defendiendo nuestra supremacía comercial, a través de limitar el crecimiento de oferta hídrica de la competencia cercana, han sido grandes en entorno del proceso de la CRA, para imponer servidumbre de uso compartido", evidentemente conocía de la estrategia obstructiva y del mecanismo para abusar de la posición dominante de **SERVICIUDAD**. Con esto, no solo habría ejecutado, facilitado y colaborado con la conducta de abuso de posición de dominio, sino que además habría tolerado la misma.*

*Es por lo anterior que para el Despacho, **CARLOS ANDRÉS VEGA ORTIZ** infringió el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, ya que colaboró, facilitó, autorizó, ejecutó y toleró la realización de una práctica restrictiva de la competencia de naturaleza obstructiva del mercado y tendiente a limitar la libre competencia económica, señalada por el numeral 6 del artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 (obstruir o impedir a terceros, el acceso a los mercados o a los canales de comercialización) y el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general), realizada por **SERVICIUDAD**".²³*

²² Folio 217 Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

²³ Folios 2472 y 2473 del Cuaderno Público No. 11 del Expediente.

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición contra una sanción”

Radicado: 12-198834

VERSIÓN ÚNICA

Como resulta claro de los argumentos transcritos, a **CARLOS ANDRÉS VEGA ORTÍZ** no se le sancionó por la ejecución de conductas por parte del anterior gerente de **SERVICIUDAD**, sino que se le sancionó porque una vez conocidas las mismas, actuó de forma tolerante, e incluso activa, llegando a reconocer su participación en la redacción y supervisión de las cláusulas del contrato de interconexión dentro de las cuales se encuentra la exigencia de la certificación ya ampliamente discutida, y haber firmado el contrato que consagró la obstrucción a ACUASEO. Por lo anterior, a **CARLOS ANDRÉS VEGA ORTÍZ** se le sancionó por haber tolerado la conducta desplegada por **SERVICIUDAD** antes de su llegada, permitiendo la continuidad del comportamiento prohibido que ejecutaba la sociedad y, así mismo, por haber ejecutado, facilitado y colaborado con la continuación de la conducta perpetrada.

Por lo antes mencionado, no son procedentes los argumentos esgrimidos por **CARLOS ANDRÉS VEGA ORTÍZ** respecto a la ausencia su responsabilidad personal en el asunto, ni tampoco resultan ciertos los argumentos presentados respecto a la presunta violación de su derecho al debido proceso.

6.4. Supuesta falta de análisis probatorio e inexistencia de casos fortuitos y fuerza mayor

No es cierto, como lo manifiesta **SERVICIUDAD**, que la **SIC** haya omitido el análisis de algunos de los elementos materiales probatorios contenidos en el expediente. Como es apenas lógico, las conclusiones a las que llega la Superintendencia sobre la responsabilidad de cada uno de los investigados se logran a través de un juicio lógico y de sana crítica aplicado a todos y cada uno de los indicios, documentos, testimonios, y demás elementos de prueba contenidos en el expediente. El hecho que no se mencionen en un acto sancionatorio la totalidad de los medios de prueba existentes en el expediente, no quiere decir que no hayan sido tenidos en cuenta, sino que no tienen la virtualidad de modificar o alterar de alguna forma la decisión que asume la **SIC**.

No es cierto, como lo pretende hacer ver **SERVICIUDAD**, que la existencia de reuniones entre esa sociedad y **ACUASEO** demuestre de forma alguna la proactividad de **SERVICIUDAD** para la pronta puesta en marcha de la interconexión. Todo lo contrario: las reiteradas reuniones sin lograr poner en marcha la servidumbre ordenada por la **CRA**, sumado al hecho de que la **CRA** tuvo que imponer ese derecho en cabeza de **ACUASEO** y las constantes manifestaciones de **SERVICIUDAD** sobre su poca intención de que se llegara a buen puerto la interconexión, demuestran fuertemente que la teoría del caso adoptada por la **SIC** para sancionar a **SERVICIUDAD** era la acertada. Más aún cuando el principal desacuerdo para otorgar acceso en condiciones razonables era precisamente la exigencia de una certificación en términos desproporcionados que hacían imposible su cumplimiento en la práctica.

Así mismo, y atendiendo a la indeterminación del recurrente para definir las evidencias presuntamente omitidas por este Despacho, no es posible para esta Superintendencia referirse a dichas afirmaciones etéreas e indefinidas.

En cuanto a la ausencia de casos fortuitos y fuerza mayor que haya materializado la obstrucción por la cual se sancionó a **SERVICIUDAD**, es de recordar que la conducta reprochada a dicha sociedad se basa en la constante negativa a permitirle a **ACUASEO** el acceso a sus redes. Lo anterior se ha venido materializando a través de la conducta de **SERVICIUDAD** descrita tanto en el presente Acto Administrativo, como en la Resolución de Sanción impugnada. La obstrucción parte de la negativa de **SERVICIUDAD** ante las solicitudes de **ACUASEO**, luego con su ausencia de

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición contra una sanción"

Radicado: 12-198834

VERSIÓN ÚNICA

colaboración a los requerimientos de la **CRA**, luego a la constante inconformidad con el lleno de los requisitos para la suscripción del contrato que la **CRA** les impuso, y ahora a través de la imposición de un requisito de imposible cumplimiento en los términos ofrecidos por **SERVICIUDAD**. El hecho de que no se presenten casos fortuitos o de fuerza mayor que hayan llevado a **ACUASEO** a solicitar la apertura de la válvula de interconexión, en atención al contrato celebrado con **SERVICIUDAD**, no elimina la conducta abusiva de obstrucción que se ha descrito. Debe recordarse además que las prácticas restrictivas se sancionan tanto por objeto como por efecto, con lo cual, incluso de no existir este último, la ilegalidad se mantendría intacta. La materialización de un efecto mayor en este caso simplemente hubiese agravado la sanción.

6.5. Caducidad de la facultad sancionatoria

No comparte este Despacho los argumentos presentados por **CARLOS ANDRÉS VEGA ORTÍZ** respecto a que algunos de los hechos por los que se le sanciona a **SERVICIUDAD**, y como facilitador a él, han caducado por haberse presentado entre 2006 y 2008.

Como se evidenció en el Acto recurrido, la **SIC** sancionó un comportamiento continuo desplegado por **SERVICIUDAD**, no aisladamente la obstrucción impetrada en cada uno de los momentos en que se mantuvo la conducta. Al respecto la Resolución impugnada expresó:

"Los investigados manifestaron en su escrito de observaciones al Informe Motivado que la facultad sancionatoria de esta Superintendencia habría caducado, toda vez que las conductas objeto de investigación habrían tenido ocurrencia para los años 2006, 2008 y 2010²⁴, y la facultad de la Superintendencia de Industria y Comercio habría expirado tres (3) años después del último acto supuestamente ilegal, es decir, en 2013.

Para soportar su argumento citan el artículo 52 del CPACA el cual dispone:

"Artículo 52. Caducidad de la facultad sancionatoria. "Salvo lo dispuesto en leyes especiales, la facultad que tienen las autoridades para imponer sanciones caduca a los tres (3) años de ocurrido el hecho, la conducta u omisión que pudiere ocasionarlas, término dentro del cual el acto administrativo que impone la sanción debe haber sido expedido y notificado. Dicho acto sancionatorio es diferente de los actos que resuelven los recursos, los cuales deberán ser decididos, so pena de pérdida de competencia, en un término de un (1) año contado a partir de su debida y oportuna interposición. Si los recursos no se deciden en el término fijado en esta disposición, se entenderán fallados a favor del recurrente, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial y disciplinaria que tal abstención genere para el funcionario encargado de resolver.

Cuando se trate de un hecho o conducta continuada, este término se contará desde el día siguiente a aquel en que cesó la infracción y/o la ejecución.

La sanción decretada por acto administrativo prescribirá al cabo de cinco (5) años contados a partir de la fecha de la ejecutoria". (Resaltado y subrayado fuera del texto).

Frente a este argumento es oportuno hacer las siguientes consideraciones:

²⁴ Folios 2398 y 2399 del Cuaderno Público No. 11 del Expediente.

RESOLUCIÓN NÚMERO - 5 2 7 8 4 DE 2015 Hoja No. 17

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición contra una sanción”

Radicado: 12-198834

VERSIÓN ÚNICA

La norma citada contempla un término de caducidad de la facultad sancionatoria de tres (3) años, contados a partir del hecho, la conducta u omisión que pudiere ocasionarlas, término dentro del cual el acto administrativo que impone la sanción debe haber sido expedido y notificado.

No obstante, la norma es de carácter subsidiario, al prescribir que “[s]alvo lo dispuesto en leyes especiales” se aplicará un término de caducidad de tres (3) años, y bajo las condiciones y previsiones en ella contenidos.

En materia de protección a la competencia existe una **norma especial** respecto de la caducidad de la facultad sancionatoria de la Autoridad Única de Competencia, contemplada en el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009, así:

“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”.

De esta forma, es claro que el término de caducidad de la facultad sancionatoria de esta Superintendencia cuando se investigan conductas violatorias de las leyes de competencia es de cinco (5) años contados a partir de la ejecución de la conducta anticompetitiva, o del último hecho constitutivo de la misma en los casos de conductas continuadas, y no de tres (3) años como erradamente lo afirman los investigados.

Para este Despacho, la conducta ejecutada por **SERVICIUDAD** que habría configurado un abuso de posición de dominio por obstrucción es continuada, al no haberse consumado en un único momento, sino a través de varios actos sucesivos en el tiempo, siendo el último de ellos en septiembre de 2013, momento a partir del cual se deben contar los cinco (5) años que tiene la administración para imponer una sanción.

Así, el argumento expuesto por los investigados relacionado con la caducidad de la facultad sancionatoria no resulta válido, ya que está acreditado en la actuación administrativa que la conducta investigada se realizó de manera continuada, en distintos momentos en el tiempo. Es por ello que en el caso concreto el término para la caducidad inicia en la fecha en que cesó la conducta, y no desde que inició.

Sobre las conductas de tracto sucesivo el Consejo de Estado ha señalado que:

“(…) La caducidad de la facultad sancionatoria alegada por la actora no tuvo lugar en el presente caso por cuanto se trató de una conducta permanente o continuada, de suerte que los tres (3) años previstos en el artículo 38 del C.C.A. para que ocurra ese fenómeno extintivo de la competencia del Estado para imponer sanciones administrativas debía contarse a partir del último acto del comportamiento investigado (...).”²⁵

En concordancia con lo anterior, el Consejo de Estado ha dicho:

“El aspecto a dilucidar en esta instancia es el de la pretendida caducidad de la acción sancionatoria prevista en el artículo 38 del C.C.A., sobre lo cual la Sala observa que en el presente caso no tuvo ocurrencia, pues se trata de una conducta continuada,

²⁵ Consejo de Estado. Expediente No. 7909, M.P. Manuel Urueta Ayola.

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición contra una sanción"

Radicado: 12-198834

VERSIÓN ÚNICA

de donde se debe tener en cuenta la fecha en que cesa la conducta y no la de su iniciación (...).²⁶

En posterior oportunidad, manifestó el mismo Consejo de Estado:

*"Contrario a lo señalado por el Tribunal, el acto que fue sancionado no fue la suscripción de contratos para la administración de tales recursos, sino la administración en sí misma, que es su objeto y que fue la actividad desarrollada por la Administradora de pensiones, lo que implica que se trata de una **conducta permanente o continuada**, toda vez que comprende todas las actividades y operaciones para ese fin. Por tanto, **la fecha que debe tenerse en cuenta para iniciar la contabilización de los tres años de que trata el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo será aquella en la cual cesó la conducta y no la de su iniciación.**"²⁷ (Resaltado fuera del texto)*

*Para el Despacho, **SERVICIUDAD** ejecutó la conducta imputada a través de varios actos en el tiempo, y al menos hasta el 19 de septiembre del año 2013, fecha en la cual se suscribió el contrato de interconexión para la materialización de la interconexión entre las redes de **ACUASEO** y **SERVICIUDAD**, impuesta a través de servidumbre por la **CRA** en el año 2011²⁸.*

Al tener la conducta investigada la naturaleza de continuada, el término de caducidad se debe contar a partir de la ocurrencia del último acto contrario al régimen de libre competencia, es decir, al menos desde septiembre de 2013.

Es importante reiterar que la fecha desde la que se empieza a contar un término de caducidad varía dependiendo del tipo de conductas investigadas; es decir, si se trata de conductas de ejecución continuada o de ejecución instantánea. En el primer evento, que es aplicable a este caso, se presenta cuando hay una "pluralidad de acciones u omisiones, una unidad de intención y la identidad de los elementos que configuran la conducta descrita en la ley como sancionable."²⁹

Así las cosas, al encontrarse demostrado que se trata de una conducta de carácter continuado o de tracto sucesivo, es a partir del último acto demostrado en el proceso que se debe contar el término de caducidad de la facultad sancionatoria, tal y como lo ha precisado en innumerables oportunidades el Consejo de Estado, señalando que:

"(...) La caducidad de la facultad sancionatoria alegada por la actora no tuvo lugar en el presente caso por cuanto se trató de una conducta permanente o continuada, de suerte que los tres (3) años previstos en el artículo 38 del C.C.A. para que ocurra ese fenómeno extintivo de la competencia del Estado para imponer sanciones administrativas debía contarse a partir del último acto del comportamiento investigado. (...)"³⁰

En el mismo sentido, la Sección Cuarta del Consejo de Estado en sentencia de 9 de diciembre de 2004, señaló lo siguiente sobre las conductas continuadas y el término de caducidad sancionatoria:

²⁶ Consejo de Estado, Sentencia del 20 de marzo de 2003, M.P. Manuel Santiago Urueta Ayola.

²⁷ Consejo de Estado, Sentencia del 9 de diciembre de 2004, M.P. María Inés Ortíz Barbosa.

²⁸ Folios 1510 a 1516 del Cuaderno Público No. 7.

²⁹ Consejo de Estado, Sentencia del 2 de julio de 1999, M.P. Daniel Manrique Guzmán.

³⁰ Consejo de Estado, Sentencia de enero de 2003, M.P. Manuel Urueta Ayola.

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición contra una sanción"

Radicado: 12-198834

VERSIÓN ÚNICA

"El término de caducidad de la potestad sancionatoria de la Administración empieza a contarse desde la fecha en la cual se produzca la conducta reprochable. La falta se estructura cuando concurren los elementos fácticos que la tipifican, es decir, cuando se realiza el hecho previsto como infracción por las normas.

En el presente caso, la Superintendencia Bancaria impuso la sanción al representante legal de (...) por considerar que la entidad realizó actividades por fuera del objeto social exclusivo de las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cesantías (...). Contrario a lo señalado por el Tribunal, el acto que fue sancionado no fue la suscripción de contratos para la administración de tales recursos, sino la administración en sí misma, que es su objeto y que fue la actividad desarrollada por la Administradora de pensiones, lo que implica que se trata de una conducta permanente o continuada, toda vez que comprende todas las actividades y operaciones para ese fin. Por tanto, la fecha que debe tenerse en cuenta para iniciar la contabilización de los tres años de que trata el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo será aquella en la cual cesó la conducta v no la de su iniciación. (...)"
(Resaltado fuera del texto)

En conclusión, estando probado que el último acto ejecutado por el investigado del que obra evidencia en el expediente, y mediante el cual se habría perpetrado la conducta anticompetitiva es la suscripción del contrato de interconexión firmado el 19 de septiembre de 2013, es desde dicha fecha que, en el escenario más estricto, inicia el conteo del término de caducidad de la facultad sancionatoria de esta Superintendencia.

Así mismo, está claro que en materia de protección de la competencia existe norma especial frente al término de caducidad de la facultad sancionatoria, según la cual la Administración tiene cinco (5) años a partir de la ejecución de la conducta anticompetitiva, y en tratándose de una conducta continuada a partir de su cesación, término que en el presente caso evidentemente no ha acaecido".

Teniendo en cuenta que la explicación otorgada por este Despacho en la Resolución recurrida contesta ampliamente el argumento presentado en el recurso, no es necesario ahondar más sobre el particular, y se mantienen incólumes las conclusiones ofrecidas por la SIC en la Resolución de Sanción. Con lo anterior, no resultan procedentes los argumentos presentados por **CARLOS ANDRÉS VEGA ORTÍZ** sobre una posible vulneración al debido proceso por caducidad de la capacidad sancionatoria de esta Superintendencia.

6.6. Proporcionalidad de la sanción

Respecto a la solicitud de **CARLOS ANDRÉS VEGA ORTÍZ** para eliminar o disminuir los montos de las multas que le impuso la SIC, cabe decir que no sustentó dichas peticiones con argumentos que desvirtuaran su responsabilidad administrativa, o la existencia de excesos en la dosificación.

El hecho de argumentar el haber actuado con la convicción de estar actuando de acuerdo a la Ley, no es una causal de atenuación en el monto de la sanción, pues la ignorancia de la Ley, como puede ser el caso de desconocer las normas sobre protección de la competencia o la adecuación típica de su conducta, no es causal eximente de responsabilidad.

RESOLUCIÓN NÚMERO - 5 2 7 8 4 DE 2015 Hoja No. 20

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición contra una sanción”

Radicado: 12-198834

VERSIÓN ÚNICA

Valga mencionar que la **SIC** hizo un juicioso trabajo sobre la dosificación de la multa impuesta a **CARLOS ANDRÉS VEGA ORTÍZ**, tal y como se desprende de la Resolución recurrida:

“En cuanto a la dosificación de la multa para el facilitador de las conductas anticompetitivas, el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009 señala que se deberán tener en cuenta los siguientes criterios: (i) la persistencia en la conducta infractora; (ii) el impacto que la conducta tenga sobre el mercado; (iii) la reiteración de la conducta prohibida; (iv) la conducta procesal del investigado; y (v) el grado de participación de la persona implicada.

*En el caso concreto el Despacho observa que **CARLOS ANDRÉS VEGA ORTÍZ**, como se explicó a lo largo de esta Resolución, tuvo participación plena en el establecimiento de los requisitos que hicieron inviable el acceso a la infraestructura de **SERVICIUDAD** por parte de **ACUASEO**, tal y como está probado en su propia declaración. Así mismo, fue él quien, en calidad de Representante Legal, firmó el contrato que contuvo las cláusulas que hacían posible la perpetuación de la conducta contraria a la libre competencia.*

*Se tendrá en cuenta también que la conducta duró varios años, desde la imposición de la servidumbre por parte de la **CRA** en 2011, que continuó con la firma del contrato a finales de 2013, y que se extiende hasta la actualidad. Frente al impacto de la conducta reprochada, este Despacho reitera lo dicho al analizar los criterios de dosificación de sanción para **SERVICIUDAD**. Baste agregar que **CARLOS ANDRÉS VEGA ORTÍZ** habría sido pieza fundamental para la perpetración de la conducta –al diseñar los requisitos y ejecutarlos- y por consiguiente para la obtención del beneficio derivado de la misma.*

*Finalmente, se tendrá en cuenta que a lo largo del trámite administrativo **CARLOS ANDRÉS VEGA ORTÍZ** desplegó una conducta procesal adecuada, respetuosa y no dilatoria, lo cual se verá reflejado en la sanción a imponer.”*

Teniendo en cuenta lo anterior, este Despacho sancionó a **CARLOS ANDRÉS VEGA ORTÍZ** con una multa equivalente “al 1,55% de la multa máxima potencialmente aplicable, de acuerdo con el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009”, cifra que no se considera excesiva teniendo en cuenta el grado de participación del sancionado, su patrimonio y la máxima multa aplicable a facilitadores de conductas restrictivas de la competencia, entre otros criterios. Por lo dicho, no hay lugar a una redosificación de la multa impuesta a los sancionados.

En mérito de lo expuesto este Despacho,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: CONFIRMAR en todas sus partes la Resolución No. 23621 del 12 de mayo de 2015, atendiendo a los argumentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución.

ARTÍCULO SEGUNDO: NOTIFICAR personalmente el contenido de la presente resolución a **SERVICIUDAD EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO - EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS E.S.P.** y a **CARLOS ANDRÉS**

RESOLUCIÓN NÚMERO 5 2 7 8 4 DE 2015 Hoja No. 21

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición contra una sanción"

Radicado: 12-198834

VERSIÓN ÚNICA

VEGA ORTÍZ, entregándole copia de la misma e informándole que en su contra no procede recurso alguno.

ARTÍCULO TERCERO: COMUNICAR el contenido de la presente resolución a **CONTRALORÍA MUNICIPAL DE DOSQUEBRADAS**, entregándole copia de la misma.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los **27 AGO 2015**

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO



PABLO FELIPE ROBLEDO DEL CASTILLO

Proyectó: Blanca Isabel Castro Angarita y Luis Alberto Castell Borrero
Revisó: Felipe Serrano Pinilla
Aprobó: Pablo Felipe Robledo Del Castillo

NOTIFICAR

SERVICIUDAD E.I.C.E. ESP

NIT 816.001.609

Representante Legal: **CARLOS ANDRÉS VEGA ORTÍZ**

Dirección: Cra. 16 No. 36 - 44

Edificio CAM Piso 1 Barrio Los Molinos

Teléfono: 3322109

Correo electrónico: serviciu@serviciudad.gov.co

Dosquebradas – Risaralda

Apoderado

Doctor

LEONARDO RAMOS RAMÍREZ

C.C. 10.136.812

T.P. No. 148.872 del C. S. de la J.

Dirección: Carrera. 16 No. 36 - 44

Edificio CAM Piso 1 Barrio Los Molinos

Correo electrónico: cvega@serviciudad.gov.co

Teléfono: 3322109

Dosquebradas – Risaralda

CARLOS ANDRÉS VEGA ORTÍZ

C.C. 7.696.696

Dirección: Cra. 16 No. 36 - 44

Edificio CAM Piso 1 Barrio Los Molinos

Teléfono: 3322109

Correo electrónico: cvega@serviciudad.gov.co

Dosquebradas – Risaralda

COMUNICAR

MARÍA INÉS HINCAPIÉ PULGARÍN

Directora Operativa de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva

CONTRALORÍA MUNICIPAL DE DOSQUEBRADAS

Avenida Simón Bolívar No. 36 – 44 Centro Administrativo Municipal CAM; Oficina 210

Dosquebradas – Risaralda.