



Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio

República de Colombia

Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico

RESOLUCIÓN CRA 736 DE 2015

(9 de diciembre de 2015)

***“Por la cual se resuelven los recursos de reposición presentados en contra de la Resolución CRA 727 de 2015 ‘por la cual se resuelve la solicitud de verificación de motivos para la inclusión de cláusulas de áreas de servicio exclusivo en los contratos que se suscriban para la prestación del servicio público de aseo en el municipio de San José de Cúcuta’”***

La Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico - CRA

En ejercicio de las facultades legales y en especial las que le confiere el artículo 80 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el artículo 73 de la Ley 142 de 1994, los Decretos 1524 de 1994, 2882 y 2883 de 2007 y,

**CONSIDERANDO**

Que el artículo 40 de la Ley 142 de 1994, señala que *“por motivos de interés social y con el propósito de que la cobertura de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado, saneamiento ambiental, distribución domiciliar de gas combustible por red y distribución domiciliar de energía eléctrica, se pueda extender a las personas de menores ingresos, la entidad o entidades territoriales componentes, podrán establecer mediante invitación pública, áreas de servicio exclusivas, en las cuales podrá acordarse que ninguna otra empresa de servicios públicos pueda ofrecer los mismos servicios en la misma área durante un tiempo determinado. Los contratos que se suscriban deberán en todo caso precisar el espacio geográfico en el cual se prestará el servicio, los niveles de calidad que debe asegurar el contratista y las obligaciones del mismo respecto del servicio. También podrán pactarse nuevos aportes públicos para extender el servicio”*.

Que el parágrafo 1º del mencionado artículo establece que *“La comisión de regulación respectiva definirá, por vía general, cómo se verifica la existencia de los motivos que permiten la inclusión de áreas de servicio exclusivo en los contratos; definirá los lineamientos generales y las condiciones a las cuales deben someterse ellos; y, antes de que se abra una licitación que incluya estas cláusulas dentro de los contratos propuestos, verificará que ellas sean indispensables para asegurar la viabilidad financiera de la extensión de la cobertura a las personas de menores ingresos”*.

Que el artículo 1.3.7.6 de la Resolución CRA 151 de 2001, establece las condiciones que debe demostrar el representante legal de la entidad territorial ante la CRA para efectos de verificar la existencia de motivos para la inclusión de cláusulas de áreas de servicio exclusivo.

Que el artículo 1.3.7.7 de la Resolución CRA 151 de 2001, señala que *“Para verificar el cumplimiento de estas condiciones, las entidades territoriales competentes interesadas deben hacer llegar a la Comisión, debidamente certificados por los funcionarios competentes, y antes de abrir licitaciones de contratos en los que se incluyan cláusulas para definir áreas de servicio exclusivo, un estudio de factibilidad técnica, económica y financiera del área o áreas de servicio exclusivo potenciales, que tenga como objeto justificar la viabilidad, el número y distribución geográfica del área o áreas potencialmente viables”*.

Que mediante comunicación con radicado CRA 2015-321-001330-2 de 20 de marzo de 2015, el Alcalde del Municipio de San José de Cúcuta, elevó ante esta Comisión de Regulación ***SOLICITUD DE VERIFICACIÓN DE MOTIVOS PARA EL OTORGAMIENTO DE ÁREAS DE SERVICIO EXCLUSIVO EN EL MUNICIPIO DE SAN JOSÉ DE CÚCUTA***.

Que surtida la totalidad del procedimiento contemplado en la normatividad vigente, la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico - CRA, expidió la Resolución CRA 727 de 2015, *“por la cual se resuelve la solicitud de verificación de motivos para la inclusión de cláusulas de áreas de servicio exclusivo en los contratos que se suscriban para la prestación del servicio público de aseo en el municipio de San José de Cúcuta”*, en los siguientes términos:

*J*  
*AM*  
*L*

**Hoja N° 2 RESOLUCIÓN CRA 736 DE 2015 "Por la cual se resuelven los recursos de reposición presentados en contra de la Resolución CRA 727 de 2015 'por la cual se resuelve la solicitud de verificación de motivos para la inclusión de cláusulas de áreas de servicio exclusivo en los contratos que se suscriban para la prestación del servicio público de aseo en el municipio de San José de Cúcuta'"**

**"ARTÍCULO PRIMERO.-** No dar por verificados los motivos para la inclusión de cláusulas de áreas de servicio exclusivo en los contratos que se suscriban para la prestación del servicio público de aseo, en el municipio de San José de Cúcuta, departamento de Norte de Santander, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de la presente resolución, sin perjuicio de que pueda presentar una nueva solicitud en los términos señalados en la normatividad vigente.

**ARTÍCULO SEGUNDO.- NOTIFICAR** el contenido de la presente Resolución al señor Alcalde del municipio de San José de Cúcuta o quien haga sus veces, así como a los Representantes Legales o Apoderados de las empresas Aseo Urbano S.A.S. E.S.P., Proactiva Oriente S.A. E.S.P., Aseo OK y Limpieza Metropolitana S.A. E.S.P., quienes se constituyeron en parte dentro de la actuación administrativa, haciéndoles entrega de copia de la Resolución, informándoles que contra ella sólo procede el recurso de reposición ante la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, el cual podrá ser interpuesto dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la fecha de notificación, en los términos establecidos en el artículo 76 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011).

En caso de que no se pudiese hacer la notificación personal al cabo de cinco (5) días del envío de la citación para notificación personal, esta se hará por medio de aviso, de conformidad con lo señalado en el artículo 69 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011).

**ARTÍCULO TERCERO.- COMUNICAR** el contenido de la presente resolución, una vez en firme, a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios para lo de su competencia, entregándole copia de la misma.

**ARTÍCULO CUARTO- VIGENCIA** La presente resolución rige a partir de su notificación."

Que mediante las comunicaciones con los radicados CRA 20152110044841; CRA 20152110044851; CRA 20152110044861; CRA 20152110044871; CRA 20152110044881 de 9 de octubre de 2015, se remitió citación para notificación personal a la apoderada del municipio, así como a los representantes legales y/o apoderados de los terceros reconocidos dentro de la actuación administrativa.

Que la apoderada del municipio de San José de Cúcuta compareció a notificarse personalmente de la Resolución CRA 727 de 2015, el día 14 de octubre de 2015.

Que como quiera que ninguno de los terceros reconocidos compareció para la práctica de dicha diligencia, esta Entidad en acatamiento de lo dispuesto en el artículo 69 de la Ley 1437 de 2011, mediante los radicados CRA 20152110046781; CRA 20152110046771; CRA 20152110046751; CRA 20152110046741 de 22 de octubre de 2015, procedió a notificar por aviso dicho acto administrativo, informándoles que contra la misma procedía el recurso de reposición dentro de los 10 días hábiles siguientes a su notificación.

Que dentro del término legal, mediante comunicación con radicado CRA 2015-321-006051-2 de 28 de octubre de 2015, la apoderada del municipio de San José de Cúcuta, interpuso "Recurso de Reposición contra la Resolución CRA 727 del 7 de octubre 2015 'Por la cual se resuelve la solicitud de verificación de existencia de motivos para la inclusión de cláusulas de áreas de servicio exclusivo en los contratos que se suscriban para la prestación del servicio público de aseo en el municipio de San José de Cúcuta'".

Que mediante comunicación con radicado CRA 2015-321-006305-2 de 10 de noviembre de 2015, el apoderado de la Empresa Aseo Urbano S.A.S. ESP, presentó el documento contentivo de la "solicitud de modificación de algunos de los considerandos de la Resolución CRA 727 de 7 de octubre de 2015".

Que mediante las comunicaciones CRA 20152110049791; CRA 20152110049801; CRA 20152110049811; y CRA 20152110049821 de 11 de noviembre de 2015, se dio traslado del recurso de reposición interpuesto por la apoderada del municipio a los terceros reconocidos dentro de la actuación administrativa. Así mismo, mediante los oficios con radicados CRA 20152110050261; CRA 20152110050251; CRA 20152110050221; y CRA 20152110050241 de 11 de noviembre de 2015, se corrió traslado de la comunicación presentada por el apoderado de la empresa Aseo Urbano S.A.S. E.S.P.

Que los representantes legales y/o apoderados de las empresas Proactiva Oriente S.A. E.S.P. y Aseo Urbano S.A.S. E.S.P. mediante los radicados CRA 2015-321-006471-2 y CRA 2015-231-006479-2 de 20 de noviembre de 2015, respectivamente, encontrándose dentro de la oportunidad para ello, descorrieron el traslado del recurso de reposición interpuesto por la apoderada del municipio de San José de Cúcuta.

Que mediante radicado CRA 2015-321-006507-2 de 23 de noviembre de 2015, la apoderada del municipio descorrió el traslado del recurso de reposición impetrado por el apoderado de Aseo Urbano S.A.S. E.S.P.

Hoja N° 3 **RESOLUCIÓN CRA 736 DE 2015** "Por la cual se resuelven los recursos de reposición presentados en contra de la Resolución CRA 727 de 2015 'por la cual se resuelve la solicitud de verificación de motivos para la inclusión de cláusulas de áreas de servicio exclusivo en los contratos que se suscriban para la prestación del servicio público de aseo en el municipio de San José de Cúcuta'"

## **RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR LA APODERADA DEL MUNICIPIO.**

### **Contenido del recurso de reposición.**

La doctora Liza Paola Gruesso, en calidad de apoderada del municipio de San José de Cúcuta, dentro del término legal establecido en el artículo 76 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, presentó recurso de reposición en contra de la Resolución CRA 727 de 2015, cuyas peticiones fueron las siguientes:

#### **"Petición.**

1. Revocar la decisión proferida mediante la Resolución CRA 727 de 2015 y, en su lugar, dar por verificada la existencia de motivos para la inclusión de cláusulas de áreas de servicio exclusivo en los contratos que se suscriban para la prestación del servicio público de aseo en el Municipio de San José de Cúcuta.
2. Aclarar la parte motiva de la Resolución CRA 727 de 2015, específicamente en lo que respecta al análisis de usuarios y a la incorrecta interpretación del artículo 1.3.7.6 de la Sección 1.3.7. de la Resolución CRA 151 de 2001.
3. Teniendo en cuenta que la solicitud inicial de verificación de motivos fue presentada por el municipio el pasado 19 de marzo de 2015, y que la Resolución CRA 727 de 2015 fue expedida por fuera del término establecido para el efecto en la Resolución CRA 151 de 2001, lo cual podría resultar un hecho constitutivo de sanción disciplinaria; y, además, que la demora en una decisión definitiva implica mantener en riesgo la salud y, en conexidad, la vida de los habitantes del Municipio de San José de Cúcuta que actualmente no cuentan con la prestación del servicio público de aseo, cuya prestación es técnicamente posible; respetuosamente se solicita a la Comisión que revoque la decisión proferida a la mayor brevedad."

Las citadas peticiones se fundamentan con base en los siguientes argumentos:

"Así las cosas, los motivos de inconformidad del Municipio de San José de Cúcuta con la Resolución CRA 727 de 2015, los cuales se sustentarán en debida a forma a continuación, son los siguientes:

1. Aclaraciones previas respecto a algunas afirmaciones contenidas en el acto recurrido.
2. Reafirmación que en las condiciones actuales de prestación del servicio, el municipio no cuenta con los recursos disponibles para garantizar la ampliación de la cobertura a los habitantes de menores ingresos (Situación financiera actual del municipio).
3. Insuficiencia de recursos para agua potable y saneamiento básico del Sistema General de Participaciones en el Municipio de San José de Cúcuta.
4. Indebida interpretación y aplicación del literal a) del artículo 1.3.7.6 y del literal d) del artículo 1.3.7.7, de la Resolución CRA 151 de 2001, en la Resolución CRA 727 de 2015.
5. Situación actual de prestación del servicio sin ASE.
6. Indebida y falsa motivación de la supuesta falta de pruebas.
7. Inconstitucionalidad e ilegalidad de la Resolución CRA 727 de 2015."

### **ANÁLISIS DEL RECURSO DE REPOSICIÓN.**

Una vez revisados los argumentos señalados por la recurrente, esta Comisión de Regulación procede a dar respuesta de fondo en el siguiente sentido:

#### **Consideraciones Generales.**

El marco normativo que a continuación se describe, es aquel que se relaciona de forma directa con el procedimiento que se adelanta y en virtud del cual la Comisión deriva su competencia para resolver el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución CRA 727 de 2015.

En primer término, en los artículos 76 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo se establece la oportunidad, presentación, requisitos y trámite de los recursos que se interpongan contra los actos que pongan fin a las actuaciones administrativas.

Por su parte, el artículo 73 de la Ley 142 de 1994 "Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones", establece que las Comisiones de Regulación tienen la función de regular los monopolios en la prestación de los servicios públicos, cuando la competencia no sea de hecho posible y, en los demás casos, la de promover la competencia entre quienes presten servicios públicos, para que las operaciones de los monopolistas o de los competidores sean económicamente eficientes, no impliquen abuso de posición dominante, y produzcan servicios de calidad.

**Hoja N° 4 RESOLUCIÓN CRA 736 DE 2015 "Por la cual se resuelven los recursos de reposición presentados en contra de la Resolución CRA 727 de 2015 'por la cual se resuelve la solicitud de verificación de motivos para la inclusión de cláusulas de áreas de servicio exclusivo en los contratos que se suscriban para la prestación del servicio público de aseo en el municipio de San José de Cúcuta'"**

En este sentido, es pertinente señalar que por regulación de los servicios públicos, se entiende la facultad de dictar normas de carácter general o particular en los términos de la Constitución y de la ley, para someter la conducta de las personas que prestan los servicios públicos domiciliarios a las reglas, normas, principios y deberes establecidos por la ley y los reglamentos<sup>[1]</sup>.

Por su parte, el numeral 73.7 del artículo 73 de la Ley 142 de 1994 faculta a las Comisiones de Regulación para decidir los recursos que se interpongan contra sus actos.

En concordancia, el artículo 3 del Decreto 2883 de 2007 "Por el cual se modifica la estructura de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, CRA" establece, dentro de las funciones de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, la de resolver los recursos que se interpongan contra sus actos administrativos.

A su vez, el Decreto 2882 de 2007 "Por el cual se aprueban los estatutos y el Reglamento de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, CRA", en el artículo 29 establece que sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 28 de la Ley 142 de 1994, contra los actos administrativos de carácter particular expedidos por la Comisión sólo procede el recurso de reposición, el cual deberá decidirse con sujeción a las normas del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y de la Ley 142 de 1994.

Para resolver el recurso interpuesto, se analizó la totalidad de las pruebas documentales aportadas por las partes, así como los argumentos expuestos por ellas en las diferentes comunicaciones en el siguiente sentido:

**"1. Aclaraciones previas respecto a algunas afirmaciones contenidas en el acto recurrido".**

En primer lugar, la recurrente señala:

*"Valga la pena mencionar que, por lo mismo, la verificación y cumplimiento de los demás requisitos de que trata la Sección 1.3.7. por parte de la administración municipal, es un tema que no podrá ser modificado por la CRA en el acto administrativo que resuelva el presente recurso de reposición, en virtud del principio general del derecho de la non reformatio in pejus, el cual es aplicable en las actuaciones administrativas, como bien lo señaló la Corte Constitucional en la Sentencia T-033 de 2002".*

Al respecto, se debe aclarar que si bien el principio de *non reformatio in pejus* prohíbe al juzgador agravar la situación jurídica del recurrente, dicho principio, parte de la premisa de la no existencia de recurso por parte de su adversario. Dicho de otra forma, el principio invocado por la recurrente aplica únicamente en aquellos eventos en los cuales hay un único recurrente, contrario a lo que ocurre en la presente actuación administrativa, en donde existen terceros reconocidos en los términos de la normatividad vigente, y uno de ellos impugnó las consideraciones de la Resolución, precisamente en lo relacionado con la ampliación de la cobertura. En tal sentido, el principio no tiene aplicación alguna.

Señala la recurrente que "resulta necesario aclarar la afirmación equivocada realizada por la CRA en la resolución CRA 727 de 2015 en el acápite denominado 'Análisis de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico CRA con respecto a los suscriptores'" en la cual señala:

*"Al respecto, es importante indicar que el municipio en su propuesta, no incluyó en el listado de los centros poblados a atender, todos aquellos a los cuales actualmente el prestador Aseo Urbano SAS ESP presta el servicio en libre competencia y no definió como se garantizaría la continuidad de estos usuarios".*

Para el efecto, manifiesta que la Administración Municipal sí incluyó los centros poblados tanto para el Ase 1 como para el Ase 2, informando que la información obra en el numeral 2.3.4.3 del documento de verificación de motivos radicado el 19 de marzo de 2015.

Sobre el particular esta Comisión de Regulación se permite señalar que no existe afirmación errada en la Resolución CRA 727 de 2015 y que, al respecto, efectivamente en la propuesta de ASE presentada por el municipio, existen algunos centros poblados que son atendidos actualmente y no fueron incluidos en las áreas de servicio exclusivo definidas por éste en su estudio.

Así las cosas, si bien en el numeral 2.3.4.3 del documento contentivo de la solicitud, radicado en el mes de marzo de 2015, se encuentra información relacionada con los centros poblados, al comparar dicha información con los centros poblados atendidos en la actualidad por los prestadores que operan en el municipio en libre competencia, existen las diferencias a la que se refiere el acto administrativo impugnado.

La empresa Aseo Urbano S.A.S. E.S.P. presenta información de prestación del servicio público de aseo en 30 centros poblados, pero no reporta el número de usuarios atendidos en los mismos.

Hoja N° 5 **RESOLUCIÓN CRA 736 DE 2015 "Por la cual se resuelven los recursos de reposición presentados en contra de la Resolución CRA 727 de 2015 'por la cual se resuelve la solicitud de verificación de motivos para la inclusión de cláusulas de áreas de servicio exclusivo en los contratos que se suscriban para la prestación del servicio público de aseo en el municipio de San José de Cúcuta'"**

El municipio propone expandir el servicio a 8 de estos centros poblados, quedando pendiente por definir la continuidad en la prestación del servicio en otros 22 (El Pórtico, Rancho Rey, Aguablanca, Oripaya, Puerto Nuevo, La Esperanza, Bellavista, Nuevo Madrid, Altoviento, La Tigra, Cochinilla, La Jarra, Aguaclara, Puerto Lleras, Vigilancia, Londres, El Plomo, La Floresta, El Núcleo, El Prado Matechaña, San Agustín de los Pozos, Minuto de Dios).

Por su parte, Proactiva Oriente S.A. E.S.P. presenta información de prestación del servicio público de aseo en 11 centros poblados, pero no reporta el número de usuarios atendidos en los mismos. El municipio propone expandir el servicio público de aseo a 14 centros poblados en el Ase 2, incluyendo 4 centros poblados que hoy atiende Aseo Urbano S.A.S. E.S.P. (Cabecera de Guaramito, Fundación, Llano Seco y cabecera de San Pedro).

Sin embargo, quedan 5 centros poblados (Vereda los Peracos, La China, Los Mangos, San Isidro y Playa Rica), respecto de los cuales, el municipio no define cómo dará continuidad a la prestación del servicio público de aseo.

Así las cosas, dado que no existe argumento adicional que permita identificar la forma en la que van a ser atendidos por parte del municipio los centros poblados a los que se refiere la CRA en la Resolución CRA 727 de 2015, el argumento de la recurrente no tiene vocación de prosperidad.

De otra parte, en relación con la afirmación de la recurrente respecto de encontrarse exonerada de probar que actualmente no cuenta con los recursos disponibles para extender la cobertura, por cuanto así lo manifestó en el trámite de la actuación como una negación indefinida que no requiere ser probada, esta entidad se permite hacer las siguientes precisiones:

Sin ánimo de desconocer la existencia y/o alcance del principio de la negación indefinida expuesto ampliamente por la recurrente, esta entidad se permite recordar que la verificación de motivos para el otorgamiento de áreas de servicio exclusivo es una excepción al régimen general de libre competencia para la prestación de los servicios públicos, prevista en el artículo 40 de la Ley 142 de 1994 y regulada en la Resolución CRA 151 de 2001.

En tal sentido, dado que el régimen de servicios públicos es un régimen especial que prevalece sobre otras normas de carácter general, para el caso en concreto, no es aplicable el principio de la negación indefinida por cuanto en los términos de la Ley 142 de 1994 y la Resolución CRA 151 de 2001, para que el municipio pueda incluir cláusulas de exclusividad en los contratos, debe cumplir con los requisitos establecidos para el efecto en la mencionada norma regulatoria, sin excepción sobre ninguno de éstos.

Así las cosas, dado que es una actuación de naturaleza rogada que inicia por solicitud del ente territorial, corresponde al municipio allegar la información que permita determinar la existencia de motivos para la aplicación de la excepción al principio de la libre competencia, en los términos de lo señalado en la mencionada normativa, información con base en la cual, la CRA, en estricto cumplimiento de sus facultades y el agotamiento del trámite previsto para las actuaciones administrativas, debe resolver la solicitud.

En tal sentido, carece de fundamento jurídico pretender eludir una responsabilidad del administrado de probar las condiciones que establece la normatividad, bajo el argumento de que con la simple manifestación del municipio basta para que esta Comisión las tenga por probadas, desconociendo los derechos de las demás partes intervinientes a controvertir las pruebas, y olvidando que dado que se busca cambiar la competencia en el mercado por la competencia por el mercado, a través de un esquema excepcional, se debe cumplir con la totalidad de requisitos previstos en la norma.

Por lo anterior, se recuerda que las negaciones indefinidas suponen que lo que allí se dice, no es susceptible de ser probado por ninguno de los medios probatorios existentes, situación que no es predicable de los requisitos establecidos en la Resolución CRA 151 de 2001, que no sólo son susceptibles de ser probados, sino que deben ser probados el solicitante.

Finalmente, en relación con las afirmaciones de la recurrente respecto del descreme del mercado y abuso de posición dominante, esta entidad se permite recordar que la verificación de tales conductas presuntamente restrictivas de la competencia, escapan la naturaleza de la actuación que nos ocupa así como la órbita de competencias de esta Comisión de Regulación.

**"2. Reafirmación que en las condiciones actuales de prestación del servicio, el municipio no cuenta con los recursos disponibles para garantizar la ampliación de la cobertura a los habitantes de menores ingresos (Situación financiera actual del municipio)".**

La apoderada del municipio argumenta lo siguiente:

*"entidades territoriales son autónomas para gestionar sus propios intereses por lo que pueden administrar sus recursos libremente, dentro de los límites establecidos por la Constitución y la Ley."*

**Hoja N° 6 RESOLUCIÓN CRA 736 DE 2015 "Por la cual se resuelven los recursos de reposición presentados en contra de la Resolución CRA 727 de 2015 'por la cual se resuelve la solicitud de verificación de motivos para la inclusión de cláusulas de áreas de servicio exclusivo en los contratos que se suscriban para la prestación del servicio público de aseo en el municipio de San José de Cúcuta'"**

(...).

*"corresponde al municipio de manera exclusiva y excluyente manejar todos sus recursos dentro del marco constitucional y legal establecido para el efecto de tal manera que podrá destinar libremente su utilización..."*

(...).

*"...tanto la CRA entidad pública del orden nacional cuya competencia se circunscribe a la regulación del sector de agua potable y saneamiento básico, como las empresas de servicios públicos domiciliarios, sociedades por acciones con ánimo de lucro sujetas a las normas de derecho privado cuyo objeto exclusivo es la prestación de servicios públicos carecen de competencia para pronunciarse acerca de la programación, destinación, asignación y/o ejecución de los recursos públicos municipales. Cualquier hecho o acto jurídico que implique o se dirija, de manera directa o indirecta, a coadministrar y/o insinuar la forma en que deberían administrarse los recursos públicos por parte de una entidad territorial es abiertamente inconstitucional y contrario al ordenamiento jurídico."*

Así mismo, hace una descripción extensiva de las medidas preventivas que le fueron impuestas por parte de la Dirección General de Apoyo Fiscal del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y anexa los soportes de los actos administrativos que soportan la condición financiera que afronta el municipio de San José de Cúcuta.

Adicionalmente manifiesta que:

*"En este orden de ideas, y con el marco constitucional expuesto, el Municipio de San José de Cúcuta, en la solicitud de verificación de motivos, así como en las respuestas a los Autos 001 y 002 de 2015, afirmó que, para las condiciones actuales de prestación del servicio, los recursos necesarios para extender la cobertura a los estratos de menores ingresos no son suficientes y que, además, en la situación actual no se cuenta con los recursos necesarios para garantizar la ampliación de la cobertura a los habitantes de menores ingresos y que, por ende, se requiere implementar el esquema de ASE en el municipio".*

*"Teniendo en cuenta que el Municipio de San José de Cúcuta, es la única autoridad administrativa facultada para definir si cuenta o no con recursos disponibles para atender determinada necesidad presupuestal, su afirmación acerca de la falta de recursos para extender la cobertura a los estratos de menores ingresos y para garantizar la ampliación de la cobertura a los habitantes de menores ingresos, contenida en los documentos antedichos, deberían haber bastado para dar por cumplido el requisito contenido en el artículo 1.3.7.6. de la Sección 1.3.7. de la Resolución CRA 151 de 2001".*

*(...) "Con lo señalado en el presente acápite, el Municipio de San José de Cúcuta demuestra íntegramente el cumplimiento del requisito del literal a) del artículo 1.3.7.6 de la Resolución CRA 151 de 2001, así como el literal d) del artículo 1.3.7.7 de la Resolución CRA 151 de 2001, razón por la cual la CRA debe proceder a revocar la Resolución CRA 727 de 2015 y, en su lugar, verificar la existencia de motivos para la inclusión de áreas de servicio exclusivo en los contratos que se suscriban para la prestación del servicio público de aseo en el Municipio de San José de Cúcuta".*

En relación con las afirmaciones y argumentos expuestos por la recurrente, esta Comisión de Regulación se permite señalar lo siguiente:

La totalidad de argumentos expuestos en el acto administrativo contenido en la Resolución CRA 727 de 2015, se encuentran ajustados a las normas constitucionales y legales vigentes y no desconocen en modo alguno las competencias y funciones tanto de esta Comisión de Regulación como de los municipios o los prestadores de servicios públicos.

En la Resolución CRA 727 de 2015, la CRA nunca sugiere, ni mucho menos afirma que para efectos de verificar motivos para la inclusión de cláusulas de exclusividad, el municipio debió exponer sus condiciones financieras, y mucho menos pretendió interferir en la autonomía que le asiste de programar, destinar, asignar y/o ejecutar los recursos públicos. Lo anterior, en tanto que además del estricto obrar de esta Comisión de Regulación en el marco de sus funciones, tal condición no tiene relación alguna con la verificación de motivos para el otorgamiento de áreas de servicio exclusivo para la prestación del servicio público de aseo, en los términos de lo establecido en el artículo 40 de la Ley 142 de 1994 y la Resolución CRA 151 de 2001.

**Hoja N° 7 RESOLUCIÓN CRA 736 DE 2015 "Por la cual se resuelven los recursos de reposición presentados en contra de la Resolución CRA 727 de 2015 'por la cual se resuelve la solicitud de verificación de motivos para la inclusión de cláusulas de áreas de servicio exclusivo en los contratos que se suscriban para la prestación del servicio público de aseo en el municipio de San José de Cúcuta'"**

Para efectos de la verificación de motivos solicitada por el municipio de San José de Cúcuta y resuelta mediante Resolución CRA 727 de 2015, de acuerdo con lo establecido en el literal a) del artículo 1.3.7.6 de la Resolución CRA 151 de 2001, lo que se requiere es demostrar que en las condiciones actuales de prestación del servicio, no se cuenta con los recursos necesarios para garantizar la ampliación de la cobertura a usuarios de menores ingresos, y que se requiera implementar el esquema de ASE en el municipio, situación que se encuentra directamente relacionada con el fin mismo de las áreas de servicio exclusivo en los términos del artículo 40 de la Ley 142 de 1994, según el cual, deben ser indispensables para asegurar la viabilidad financiera de la extensión de la cobertura a usuarios de menores ingresos.

Por lo anterior, tal y como lo prevé la Resolución CRA 727 de 2015, si bien el municipio señala en el escrito contentivo de la solicitud y reitera en el escrito de recurso que "para las condiciones actuales de prestación del servicio, los recursos necesarios para extender la cobertura a los estratos de menores ingresos no son suficientes", no demuestra tal situación, que por demás, nada tiene que ver con la situación financiera del municipio o con la autonomía de éste, para disponer de los recursos públicos.

Así las cosas, no es de recibo la afirmación de la recurrente en la cual manifiesta que "demuestra íntegramente el cumplimiento del requisito del literal a)", por cuanto, se reitera, para efectos de demostrar el mencionado requisito, no hace falta conocer la situación financiera del municipio, ya que tal y como lo reitera la recurrente en varias oportunidades, incluso de manera contradictoria en algunas de ellas, son condiciones que escapan el objeto de la presente actuación administrativa.

Con lo cual es pertinente precisar que no se presenta el estado del Fondo de Solidaridad y Redistribución de Ingresos para el servicio público de aseo, que permita evidenciar los desembolsos correspondientes a los aportes (subsidios requeridos) y contribuciones (aportes recaudados), que realizan tanto los prestadores actuales como el municipio, y que sirva para verificar, en los términos de lo establecido en el artículo 40 de la Ley 142 de 1994 y la Resolución CRA 151 de 2001, que en las condiciones actuales del esquema de prestación del servicio público de aseo en libre competencia, el municipio de San José de Cúcuta no cuenta con recursos suficientes para ampliar la cobertura a los usuarios de menores ingresos.

En consecuencia, el argumento de la recurrente no tiene vocación de prosperidad.

**"3. Insuficiencia de recursos para agua potable y saneamiento básico del Sistema General de Participaciones en el Municipio de San José de Cúcuta".**

El municipio reitera su autonomía para determinar la gestión de sus recursos y explica ampliamente el estado y movimientos de los recursos provenientes del Sistema General de Participaciones – SGP con destinación específica en el sector de agua potable y saneamiento básico.

*"... es preciso aclarar, nuevamente, que como bien lo establece la Constitución Política en su artículo 287, las entidades territoriales son autónomas para gestionar sus propios intereses, por lo que pueden administrar sus recursos libremente, dentro de los límites establecidos por la Constitución y la Ley".*

*Para efectos informativos, se hará mención en el presente acápite de la situación de los recursos del SGP de destinación específica, así como de los recursos presupuestados para el sector de agua potable y saneamiento básico en el municipio, para el año 2015 en ambos casos, lo cual evidencia la imposibilidad de asignar recursos adicionales para garantizar la extensión de la cobertura al 100% de los habitantes que se encuentran en condiciones técnicas de recibir la prestación del servicio público de aseo, tanto en la zona urbana como rural, especialmente, aquellos habitantes de menores ingresos.*

*"(...) se adjunta como prueba al presente recurso de reposición, la ejecución acumulada de egresos, de manera detallada para el sector, durante los años 2013, 2014 y 2015, en la cual consta los recursos presupuestados para otorgar subsidios a los estratos 1 y 2 de los servicios públicos domiciliarios de agua potable y saneamiento básico, así como los proyectos de inversión que actualmente se están financiando en el sector y que deben ser atendidos, en virtud de compromisos contractuales. Así mismo, se adjunta como prueba las planillas de pagos a los actuales prestadores del servicio público de aseo en el Municipio de San José de Cúcuta, por concepto de subsidios, de tal forma que se pueda corroborar los costos que se genera a favor de dichas empresas en el esquema actual de prestación del servicio de aseo, como se detalla a continuación".*

Sin embargo, se reitera que en los argumentos expuestos por la recurrente respecto de la destinación de los recursos del SGP para el sector de agua potable y saneamiento básico, no se detallan los movimientos del Fondo de Solidaridad y Redistribución de ingresos para el servicio público de aseo, que permitan evidenciar los desembolsos correspondientes a los aportes (subsidios requeridos) y contribuciones (aportes recaudados), que

**Hoja N° 8 RESOLUCIÓN CRA 736 DE 2015 "Por la cual se resuelven los recursos de reposición presentados en contra de la Resolución CRA 727 de 2015 'por la cual se resuelve la solicitud de verificación de motivos para la inclusión de cláusulas de áreas de servicio exclusivo en los contratos que se suscriban para la prestación del servicio público de aseo en el municipio de San José de Cúcuta'"**

realizan tanto los prestadores actuales como el municipio, y que sirvan para verificar en los términos de lo establecido en el artículo 40 de la Ley 142 de 1994 y la Resolución CRA 151 de 2001, que en las condiciones actuales del esquema de prestación del servicio público de aseo en libre competencia, el municipio de San José de Cúcuta no cuenta con recursos suficientes para ampliar la cobertura a los usuarios de menores ingresos.

En consecuencia, el argumento de la recurrente no tiene vocación de prosperidad.

**"4. Indevida interpretación y aplicación del literal a) del artículo 1.3.7.6 y del literal d) del artículo 1.3.7.7, de la Resolución CRA 151 de 2001, en la Resolución CRA 727 de 2015".**

*"Sorprende la anterior afirmación e interpretación del regulador, que no solo es equivocada sino totalmente contraria a lo dispuesto por la misma CRA en la Resolución CRA 151 de 2001, en la medida que, ni el literal d) del artículo 1.3.7.7, ni el literal a) del artículo 1.3.7.6. hacen referencia alguna a los "subsídios necesarios para extender la cobertura a los usuarios de menores ingresos". Por el contrario, la norma vigente que, hasta donde se sabe, no ha sufrido modificación alguna, se refiere exclusivamente a los "recursos disponibles", como bien se cita en el mismo acto recurrido, numeral 6 "ANÁLISIS TÉCNICO", página 7, párrafo 2, y página 13, literal d."*

*(...) Basta con observar el tenor literal de lo dispuesto en los literales a) del artículo 1.3.7.6 y d) del artículo 1.3.7.7, ambos de la Resolución CRA 151 de 2001, para darse cuenta que estas normas hace referencia genérica a los recursos disponibles que permitan extender la prestación del servicio a los habitantes de menores ingresos, sin hacer mención alguna, siquiera tácita, a los "subsídios necesarios para extender la cobertura" a estos habitantes de menores ingresos".*

*"Por supuesto, las pruebas necesarias para demostrar que el municipio no cuenta con los subsidios necesarios para extender la cobertura no se aportaron, simplemente porque ello no lo exige la regulación vigente antes citada. A pesar de ello, en la solicitud inicial se precisó que los recursos disponibles en un horizonte de mediano y largo plazo, no son suficientes para extender la prestación del servicio a los estratos de menores ingresos y, adicionalmente, en el presente escrito, se demuestra in extensum la precaria situación financiera del municipio y la imposibilidad de asignar recursos adicionales para extender la cobertura a los habitantes de menores ingresos".*

El artículo 1.3.7.6 de la Resolución CRA 151 de 2001, establece que los contratos que incluyan cláusulas de exclusividad podrán celebrarse siempre que el representante legal del ente territorial demuestre entre otros: "a) Que los recursos disponibles en un horizonte de mediano y largo plazo no son suficientes para extender la prestación del servicio a los estratos de menores ingresos y que con su otorgamiento se obtenga, directa o indirectamente, el aumento de cobertura a dichos usuarios, sin desmejorar la calidad del servicio".

Posteriormente, el artículo 1.3.7.7 señala que el estudio que el solicitante presente a la comisión de regulación para efectos de la verificación de motivos deberá contener, entre otras condiciones, por lo menos: "el monto presupuestado de los recursos a los que se refiere el literal a del artículo anterior"

Tal y como se lee, así como se explicó ampliamente en la Resolución CRA 727 de 2015, el literal a) del artículo 1.3.7.6 debe entenderse vinculado a lo establecido en el literal d) del artículo 1.3.7.7 de la misma Resolución, es decir, al monto presupuestado de los recursos.

Así las cosas y teniendo en cuenta que el literal d) del artículo 1.3.7.7 de la Resolución CRA 151 de 2001, hace referencia al monto de los recursos que el ente territorial debe presupuestar. El municipio en el marco de la solicitud, debió demostrar que para las condiciones actuales de prestación del servicio, los recursos necesarios para extender la cobertura a los estratos de menores ingresos no son suficientes.

De acuerdo con lo anterior, y teniendo en cuenta que los costos del servicio de aseo se cubren con las tarifas, debe entenderse que los recursos a los que hace referencia el literal a) del artículo 1.3.7.6. de la R 151 de 2001, son los asociados al Fondo de Solidaridad y Redistribución de Ingresos.

No obstante, se aclara que la condición de superavitario o no del fondo de solidaridad y redistribución de ingresos, no es un requisito que analizado de manera aislada, conlleve a determinar el cumplimiento de lo previsto en el literal a) del artículo 1.3.7.6 de la Resolución 151 de 2001, dado que la decisión adoptada por esta Comisión de Regulación, en todo caso obedece a un análisis integral de la información obrante en el expediente, para el caso concreto, el municipio no probó que en las condiciones actuales de prestación del servicio público de aseo, los recursos disponibles no son suficientes para ampliar la cobertura a los usuarios de menores ingresos.

Es así que en la Resolución CRA 727 de 2015, se precisó "en la prestación actual del servicio público de aseo en el municipio, los porcentajes de subsidios otorgados a los suscriptores de estratos 1, 2 y 3 son bajos y tienen un máximo del 23% para el estrato 1, por su parte, los porcentajes de contribuciones de los suscriptores de estratos 5 y 6, comercial e industrial son los mínimos de ley con unos porcentajes del, 50%, 60%, 50% y 30% respectivamente; por



**Hoja N° 9 RESOLUCIÓN CRA 736 DE 2015 "Por la cual se resuelven los recursos de reposición presentados en contra de la Resolución CRA 727 de 2015 'por la cual se resuelve la solicitud de verificación de motivos para la inclusión de cláusulas de áreas de servicio exclusivo en los contratos que se suscriban para la prestación del servicio público de aseo en el municipio de San José de Cúcuta'"**

tanto el municipio de San José de Cúcuta decide incrementar con el esquema propuesto el porcentaje de subsidios a los estratos de menores ingresos y demuestra que bajo el esquema de ASE existe viabilidad financiera y un superávit en el Fondo de Solidaridad y Redistribución de Ingresos – FSRI durante los ocho (8) años que durarían las áreas de servicio exclusivo. Lo anterior se evidencia en el modelo financiero que soporta la solicitud de verificación de motivos remitido por el municipios de San José de Cúcuta.

En este sentido, el municipio muestra que en el esquema de prestación del servicio mediante ASE, en el mediano y largo plazo existen los recursos necesarios para garantizar la extensión de la cobertura a los usuarios de menores ingresos y otorgarles a su vez los subsidios requeridos por los mismos.; pero en el curso de la actuación administrativa, no demostró que en la situación actual, no se cuenta con los recursos necesarios para garantizar la ampliación de la cobertura a usuarios de menores ingresos y que se requiera implementar el esquema de ASE en el municipio."

Finalmente, se recuerda que la norma contenida en la Resolución CRA 151 de 2001, fue expedida por esta Comisión y en tal sentido, es esta entidad la más idónea para determinar la interpretación que debe darse de la misma, en su sentido natural. Por tal motivo, no le asiste razón a la recurrente cuando afirma que esta Comisión incurrió en errores de interpretación de la norma.

En consecuencia, el argumento de la recurrente no tiene vocación de prosperidad.

**"5. Situación actual de prestación del servicio sin ASE".**

La apoderada del municipio en el escrito de recurso señala:

*"Se precisa también que, a nuestro entender, los recursos con los que debe contar el municipio, de que trata la Sección 1.3.7. de la Resolución CRA 151 de 2001, se refieren no solo a los recursos de subsidios disponibles para garantizar el equilibrio del esquema de solidaridad; sino a todos los demás recursos necesarios para garantizar cada uno de los costos imputables a los diversos componentes de la estructura de costos regulados para el servicio de aseo; así como a la capacidad institucional que debe desplegarse para garantizar la atención de todos los habitantes a quienes sea viable técnicamente prestar el servicio, en especial, a los de menores ingresos.*

*como se encuentra debidamente probado en la actuación administrativa y en el presente escrito, el Municipio de San José de Cúcuta requiere de la verificación de motivos por parte de la CRA para garantizar la extensión de la cobertura a los habitantes de menores ingresos, así como para garantizar la prestación eficiente del servicio y el cierre financiero del esquema.*

*De acuerdo con lo anterior, se precisa también que, a nuestro entender, los recursos con los que debe contar el municipio, de que trata la Sección 1.3.7. de la Resolución CRA 151 de 2001, se refieren no solo a los recursos de subsidios disponibles para garantizar el equilibrio del esquema de solidaridad; sino a todos los demás recursos necesarios para garantizar cada uno de los costos imputables a los diversos componentes de la estructura de costos regulados para el servicio de aseo; así como a la capacidad institucional que debe desplegarse para garantizar la atención de todos los habitantes a quienes sea viable técnicamente prestar el servicio, en especial, a los de menores ingresos.*

*En el escenario hipotético planteado, el Municipio de San José de Cúcuta debería crear una estructura administrativa para garantizar la prestación del servicio público de aseo a todos los habitantes que se encuentran en las condiciones técnicas necesarias para recibir la prestación y que son descremados por los operadores actuales, lo cual es imposible en las condiciones financieras actuales, además de ser económicamente inviable por no contarse con los recursos necesarios para ello. Al mismo tiempo, debido a la inexistencia de economías de escala, es probable que al momento en que el municipio entrara a prestar el servicio, se viera obligado a cobrar unas tarifas más altas e incluso, a incurrir en pérdidas que deberían ser cubiertas con cargo a recursos provenientes del presupuesto municipal, o simplemente no sería posible garantizar la prestación del servicio en las condiciones de calidad adecuadas".*

Al respecto, se reitera que para garantizar la prestación del servicio público de aseo, el municipio no requiere contar con recursos diferentes de los subsidios que debe aportar cuando el Fondo de Solidaridad y Redistribución de Ingresos sea deficitario, debido a que la prestación del servicio debe ser autosostenible con los recursos provenientes de las tarifas.

Así las cosas, y teniendo en cuenta el ejercicio hipotético de prestación directa por parte del municipio, es necesario aclarar que para verificar la existencia de motivos para la inclusión de ASE en los contratos, lo que se requiere no es un escenario hipotético, sino demostrar que en las condiciones actuales de prestación del servicio, no se cuenta con recursos para extender la cobertura a los usuarios de menores ingresos.

**Hoja N° 10 RESOLUCIÓN CRA 736 DE 2015 "Por la cual se resuelven los recursos de reposición presentados en contra de la Resolución CRA 727 de 2015 'por la cual se resuelve la solicitud de verificación de motivos para la inclusión de cláusulas de áreas de servicio exclusivo en los contratos que se suscriban para la prestación del servicio público de aseo en el municipio de San José de Cúcuta'"**

Finalmente, no son claras las razones por las cuales el municipio manifiesta que se obtendrían pérdidas por la prestación del servicio a aquellos habitantes desatendidos, ya que con la estructura tarifaria, se garantiza la recuperación de los costos necesarios para cada una de las actividades que se prestan.

En consecuencia, el argumento de la recurrente no tiene vocación de prosperidad.

**"6. Indevida y falsa motivación de la supuesta falta de pruebas".**

*"Es preciso mencionar que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del CPACA, todas las entidades públicas, sin excepción alguna, se encuentran obligadas a motivar sus decisiones. A pesar de ello, en la Resolución CRA 727 de 2015 se faltó a dicho deber legal, dado que no se presentó el análisis del ente regulador que permita desvirtuar la respuesta dada por el municipio a dicho punto en concreto del Auto 002, o en las demás pruebas que obran en el expediente".*

*"Sorprende la anterior afirmación e interpretación del regulador, que no solo es equivocada sino totalmente contraria a lo dispuesto por la misma CRA en la Resolución CRA 151 de 2001, en la medida que, ni el literal d) del artículo 1.3.7.7, ni el literal a) del artículo 1.3.7.6. hacen referencia alguna a los "subsidios necesarios para extender la cobertura a los usuarios de menores ingresos". Por el contrario, la norma vigente que, hasta donde se sabe, no ha sufrido modificación alguna, se refiere exclusivamente a los "recursos disponibles", como bien se cita en el mismo acto recurrido, numeral 6 "ANÁLISIS TÉCNICO", página 7, párrafo 2, y página 13, literal d".*

*"A su vez, si existían dudas o vacíos a este respecto, la CRA tuvo la oportunidad de solicitar información adicional en la diligencia de inspección ocular, decretada mediante Auto 002 de 2015 y practicada el día 12 de agosto de 2015 en el Municipio de San José de Cúcuta, tal como consta en el acta respectiva; máxime si se tiene en cuenta que la diligencia se llevó a cabo con posterioridad a la respuesta dada por el municipio al mencionado Auto 002, el día 4 de agosto de 2015. A pesar de ello, la CRA no realizó solicitud alguna en relación con el requisito establecido en el literal d) del artículo 1.3.7.7 de la Resolución CRA 151 de 2001, relacionado con el literal a) del artículo 1.3.7.6 de la misma Resolución CRA 151 de 2001".*

La Resolución CRA 727 de 2015, contiene un análisis detallado tanto de los requisitos contenidos en la Resolución CRA 151 de 2001, necesarios para la verificación de motivos, así como de la información obrante en el expediente remitida por el solicitante, los terceros reconocidos como parte o, a través de los medios de prueba decretados de oficio por esta Comisión.

Sobre el particular, le recordamos que pese a que los requisitos mínimos que debe demostrar el municipio al solicitar un ASE se encuentran expresamente previstos en la Resolución CRA 151 de 2001, la CRA, mediante Auto 002 de 2015<sup>1</sup>, esta UAE, le solicitó al municipio, de manera expresa, remitir la "información, donde se presente el monto presupuestado de recursos necesarios para extender la cobertura a los estratos de menores ingresos, teniendo en cuenta, los recursos disponibles en un horizonte de mediano y largo plazo en las condiciones actuales de prestación frente a los recursos que se generarían con el otorgamiento del área de servicio exclusivo".

Como respuesta a tal requerimiento, el municipio manifestó lo siguiente:

*"Haciendo un ejercicio con base en la estructura del modelo financiero que soporta la solicitud de verificación de motivos, se estimaron los costos asociados a la prestación del servicio de aseo a los nuevos suscriptores de menores ingresos ubicados en el área urbana y rural. De esta forma, se cuantificaron los costos de operación propios de la actividad de barrido, la recolección y los otros servicios, así como los costos fijos y las inversiones requeridas.*

*(...). Adicionalmente, se estima que los subsidios requeridos para estos nuevos usuarios de menores ingresos, son del orden de los \$26,7 millones mensuales, los cuales, en todo caso, se encuentran garantizados en el cierre financiero del modelo".*

Para soportar esta afirmación, el municipio dentro de la citada comunicación allegó los cálculos mencionados, no obstante, en la contestación enviada por el municipio, no dio respuesta a la solicitud de esta Comisión, en relación con "...los recursos disponibles en un horizonte de mediano y largo plazo en las **condiciones actuales de prestación** frente a los recursos que se generarían con el otorgamiento del área de servicio exclusivo". (Negrilla fuera de texto).

<sup>1</sup> Por el cual se abre a pruebas dentro de la actuación administrativa tendiente a resolver la solicitud de verificación de motivos que permiten la inclusión de cláusulas de áreas de servicio exclusivo para la prestación del servicio público de aseo en el municipio de San José de Cúcuta, Norte de Santander"

**Hoja N° 11 RESOLUCIÓN CRA 736 DE 2015 "Por la cual se resuelven los recursos de reposición presentados en contra de la Resolución CRA 727 de 2015 'por la cual se resuelve la solicitud de verificación de motivos para la inclusión de cláusulas de áreas de servicio exclusivo en los contratos que se suscriban para la prestación del servicio público de aseo en el municipio de San José de Cúcuta'"**

Así las cosas, dada la claridad de los requisitos expresamente establecidos en la norma y habiéndose solicitado posteriormente mediante auto de pruebas, correspondía al municipio allegar los elementos necesarios para lograr su fin deseado.

En relación con la carga de la prueba, la jurisprudencia<sup>2</sup> ha sido reiterativa en señalar lo siguiente:

*La carga de la prueba es "una noción procesal que consiste en una regla de juicio, que le indica a las partes la autorresponsabilidad que tienen para que los hechos que sirven de sustento a las normas jurídicas cuya aplicación reclaman aparezcan demostrados y que, además, le indica al juez cómo debe fallar cuando no aparezcan probados tales hechos". Así pues, la carga de la prueba expresa las ideas de libertad, de autorresponsabilidad, de diligencia y de cuidado sumo en la ejecución de una determinada conducta procesal a cargo de cualquiera de las partes. El contenido material que comporta la carga de la prueba está determinado por la posibilidad que tienen las partes de obrar libremente para conseguir el resultado jurídico (constitutivo, declarativo o de condena) esperado de un proceso, aparte de indicarle al juez cómo debe fallar frente a la ausencia de pruebas que le confieran certeza respecto de los asuntos sometidos a su conocimiento..."*

Ahora bien, en relación con la afirmación según la cual a través del documento de verificación de motivos, en las respuestas a los Autos 001 y 002 de 2015 y en los testimonios presentados por los habitantes del área rural del municipio en desarrollo de la Audiencia Pública decretada de oficio por esta Comisión, se ha demostrado que en el municipio de San José de Cúcuta no existe cobertura del 100% para los habitantes que reúnen las condiciones técnicas necesarias para recibir la prestación del servicio público de aseo, esta Comisión de Regulación se permite reiterar que la Resolución CRA 727 de 2015, verificó la ampliación de la cobertura en los términos del literal b) del artículo 1.3.7.7 de la Resolución CRA 151 de 2001.

**"7. Inconstitucionalidad e ilegalidad de la Resolución CRA 727 de 2015".**

Efectivamente, tal y como lo establece la Constitución, es un fin estatal asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos domiciliarios. Por tal mandato, la Ley 142 de 1994, previó que es competencia de los municipios asegurar que se preste a sus habitantes; sin embargo, dicha obligación no puede predicarse únicamente a través de un esquema de áreas de servicio exclusivo y la misma no se hace vinculante como resultado de la expedición de un acto administrativo expedido por esta Comisión de Regulación a favor de la solicitud del municipio.

Para el efecto, vale la pena recordar que por regla general, los servicios públicos se prestan en libre competencia y bajo dicho esquema es igualmente garante, de acuerdo con la Constitución Política de 1991, cada municipio. Ahora bien, si el municipio pretende prestar el servicio bajo el esquema de áreas de servicio exclusivo, deberá cumplir con la totalidad de requisitos establecidos en la normatividad vigente para el efecto.

Así las cosas, no resulta procedente afirmar que la Resolución CRA 727 de 2015 es inconstitucional o ilegal dado que no existe fundamento para el efecto. Su expedición se dio con base en los presupuestos normativos vigentes y dentro del marco constitucional que regula la materia.

Finalmente, respecto del término para resolver la actuación, se reitera que el artículo 1.3.7.7 de la Resolución CRA 151 de 2001 señala que: "La Comisión se pronunciará en un término máximo de cuarenta (40) días hábiles, contados a partir de la fecha de recibo de la documentación completa, aquí establecida."

A su turno, la Ley 1437 de 2011, establece el procedimiento aplicable a las actuaciones administrativas, en donde se incluyen reglas generales, sin perjuicio de las especiales contenidas en otros estatutos legales, relativas al trámite de la actuación y de las audiencias, a la formación y examen de expedientes, al deber de comunicar las actuaciones administrativas a terceros y la intervención de los mismos, a la forma de resolver los conflictos de competencia administrativa, al trámite de las pruebas, al contenido de las decisiones y su corrección, al trámite de las notificaciones y, en general, las reglas mínimas que deben ser observadas por las autoridades administrativas en la producción de sus actos, sin que se especifique un trámite detalladamente reglado o de nivel interno.

Bajo este entendido, los artículos de la Ley 1437 de 2011, deben ser interpretados bajo el anterior designio, a la luz, además, de los principios de la función administrativa y del procedimiento administrativo, fijados en el artículo 209 Constitucional y el 3° de la ley ya citada, en especial el de la eficacia.

Por lo anterior, habiendo dado inicio a la actuación, la Administración puede decretar la práctica de pruebas si encuentra que son necesarias, pertinentes y conducentes;

<sup>2</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 11 de diciembre de 2007, rad. 11001031500020060130800; Sección Tercera, sentencias del 24 de febrero de 2005, rad. 14786, MP. Germán Rodríguez Villamizar, del 21 de abril de 2004, rad. 14651, MP. Ramiro Saavedra Becerra, y del 24 de febrero de 2005, rad. 14937, MP. Germán Rodríguez Villamizar.

**Hoja N° 12 RESOLUCIÓN CRA 736 DE 2015 "Por la cual se resuelven los recursos de reposición presentados en contra de la Resolución CRA 727 de 2015 'por la cual se resuelve la solicitud de verificación de motivos para la inclusión de cláusulas de áreas de servicio exclusivo en los contratos que se suscriban para la prestación del servicio público de aseo en el municipio de San José de Cúcuta'"**

Así las cosas, una vez decretado un período probatorio por parte de la Administración, que venció el 24 de agosto de 2015, en relación con el término para decidir, el mismo se contó a partir del momento en que se surtió el período de pruebas, momento en el cual, la documentación estaba completa y esta Comisión tenía los elementos de juicio necesarios para hacer un pronunciamiento de fondo en relación con la solicitud objeto de la actuación.

En consecuencia, el acto administrativo contenido en la resolución CRA 727 de 2015, fue expedido en cumplimiento de los plazos y términos previstos en la normatividad vigente.

Por lo anterior, el argumento de la solicitante, no tiene vocación de prosperidad.

**8. Pruebas.**

En relación con los anexos presentados por el municipio de San José de Cúcuta, en su comunicación con radicado CRA 2015-321-006051-2 de 28 de octubre de 2015, se informa que la totalidad de ellos fueron analizados para la evaluación del recurso interpuesto por el municipio y a continuación se realizan las siguientes precisiones:

En lo referente a los anexos remitidos por la recurrente, principalmente los contenidos en los numerales 1 al 24, se precisó que estos constituyen evidencias sobre la situación financiera actual del municipio de San José de Cúcuta y validan lo expuesto por el municipio en el recurso. Sin embargo, se reitera que en la Resolución CRA 727 de 2015 la CRA nunca sugiere, ni mucho menos afirma que para efectos de verificar motivos para la inclusión de cláusulas de exclusividad, el municipio debió exponer sus condiciones financieras, y mucho menos pretendió interferir en la autonomía que le asiste de programar, destinar, asignar y/o ejecutar los recursos públicos. Lo anterior, toda vez que tal condición no tiene relación alguna con la verificación de motivos para el otorgamiento de áreas de servicio exclusivo para la prestación del servicio público de aseo, en los términos de lo establecido en el artículo 40 de la Ley 142 de 1994 y la Resolución CRA 151 de 2001.

1. Marco Fiscal de Mediano de Plazo 2016 — 2025, Municipio de San José de Cúcuta, Secretaría de Despacho, Área Dirección de Hacienda.
2. Decreto 083 de 2010, Plan de Desempeño del Municipio de San José de Cúcuta.
3. Decreto 0692 de 2014, Plan de Desempeño del Municipio de San José de Cúcuta.
4. Decreto 0819 de 2015, Plan de Desempeño del Municipio de San José de Cúcuta.
5. Contrato de Transferencias de Recursos del SGP a la E.I.S. Cúcuta S.A. E.S.P. celebrado en el año 2005.
13. Informe de Viabilidad Fiscal del Municipio de San José de Cúcuta 2014, Ministerio de Hacienda y Crédito Público.
14. Informe de Viabilidad Fiscal del Municipio de San José de Cúcuta 2013, Ministerio de Hacienda y Crédito Público.
15. Informe de Viabilidad Fiscal del Municipio de San José de Cúcuta 2012, Ministerio de Hacienda y Crédito Público.
16. Informe de Viabilidad Fiscal del Municipio de San José de Cúcuta 2011, Ministerio de Hacienda y Crédito Público.
17. Informe de Viabilidad Fiscal del Municipio de San José de Cúcuta 2010, Ministerio de Hacienda y Crédito Público.
18. Calificación de Riesgo de Pago a Largo Plazo del Municipio de San José de Cúcuta 2015 - 2016, Value and Risk Rating S.A., Revisión Anual de la Calificación del Municipio de San José de Cúcuta.
19. Calificación de Riesgo de Pago a Largo Plazo del Municipio de San José de Cúcuta 2014 - 2015, Value and Risk Rating S.A.
20. Calificación del Municipio San José de Cúcuta 2012 -2013, Fitch Ratings Colombia S.A.
21. Calificación del Municipio San José de Cúcuta 2011 - 2012, Fitch Ratings Colombia S.A.
30. Reporte de Contingencias 2014, Alcaldía Municipal de San José de Cúcuta, Oficina Jurídica.
23. Reporte de Contingencias 2015, Alcaldía Municipal de San José de Cúcuta, Oficina Jurídica.
24. Diagnóstico de las Finanzas del Municipio de San José de Cúcuta Periodo 2003-2011, Observatorio Socioeconómico Regional de la Frontera de la Universidad de Pamplona, Mario de Jesús Zambrano Miranda y María Virginia Valencia Jaimes, 2013.

Por otra parte, en el listado de la ejecución presupuestal del municipio (anexos del 6 al 12), se informa que esta Comisión analizó los documentos adjuntos correspondientes a los años 2012 -2015, en donde se evidencian las ejecuciones activas y pasivas del municipio para estos años. Sin embargo, es pertinente precisar que no se presenta el estado del Fondo de Solidaridad y Redistribución de ingresos para el servicio público de aseo, que permita evidenciar los desembolsos correspondientes a los aportes (subsidios requeridos) y contribuciones (aportes recaudados), que realizan tanto los prestadores actuales como el municipio, y que sirva para verificar en los términos de lo establecido en el artículo 40 de la Ley 142 de 1994 y la Resolución CRA 151 de 2001, que en las condiciones actuales del esquema de prestación del servicio público de aseo en libre competencia, el municipio de San José de Cúcuta no cuenta con recursos suficientes para ampliar la cobertura a los usuarios de menores ingresos.

6. Ejecución Presupuestal de Ingresos, corte septiembre de 2015, Alcaldía del Municipio de San José de Cúcuta, Secretaría del Tesoro Municipal.
7. Ejecución Presupuestal de Ingresos 2014, Alcaldía del Municipio de San José de Cúcuta, Secretaría del Tesoro Municipal.
8. Ejecución Presupuestal de Ingresos 2013, Alcaldía del Municipio de San José de Cúcuta, Secretaría del Tesoro Municipal.

Hoja N° 13 **RESOLUCIÓN CRA 736 DE 2015** *"Por la cual se resuelven los recursos de reposición presentados en contra de la Resolución CRA 727 de 2015 'por la cual se resuelve la solicitud de verificación de motivos para la inclusión de cláusulas de áreas de servicio exclusivo en los contratos que se suscriban para la prestación del servicio público de aseo en el municipio de San José de Cúcuta'"*

9. Ejecución Presupuestal de Ingresos 2012, Alcaldía del Municipio de San José de Cúcuta, Secretaría del Tesoro Municipal.

10. Ejecución Presupuestal de Egresos — Ejecución Acumulada de Egresos al mes de septiembre de 2015, Alcaldía del Municipio de San José de Cúcuta, Área de Gestión Financiera.

11. Ejecución Presupuestal de Egresos — Ejecución Acumulada de Egresos al mes de septiembre de 2013, Alcaldía del Municipio de San José de Cúcuta, Área de Gestión Financiera.

12. Ejecución Presupuestal de Egresos — Ejecución Acumulada de Egresos al mes de septiembre de 2012, Alcaldía del Municipio de San José de Cúcuta, Área de Gestión Financiera.

**Pronunciamientos de los terceros reconocidos como parte del traslado otorgado del recurso de reposición presentado por la apoderada del municipio de San José de Cúcuta.**

**PROACTIVA ORIENTE S.A. E.S.P,**

Mediante comunicación con radicado CRA 2015-321-006471-2 de 20 de noviembre de 2015, el representante legal de la empresa PROACTIVA ORIENTE S.A. E.S.P, procedió *"oportunamente a hacer pronunciamiento expreso, sobre el recurso de reposición presentado por el Municipio de Cúcuta, no sin antes hacer manifestación de aceptación a la decisión tomada por esa Comisión de "No dar por verificados los motivos para la inclusión de cláusulas de áreas de servicio exclusivo en los contratos que se suscriban para la prestación del servicio de aseo, en el municipio de San José de Cúcuta..."*.

Ahora bien, en lo relacionado con los planos correspondientes al área o áreas que se establecerían como de servicio exclusivo así como la afirmación según la cual *"No se entiende cómo puede darse por cumplido si no se verificaron en terreno, y dichos planos no contienen las áreas que han sido invadidas y donde existen asentamientos de personas a las cuales hoy proactiva Oriente S.A. E.S.P. Presta el servicio y que corresponden a aproximadamente 5.000 usuarios"*, esta Comisión de Regulación se permite señalar lo siguiente:

El municipio de San José de Cúcuta mediante radicado CRA 2015-321-004271-2 de 4 de agosto de 2015, en el marco de la actuación administrativa que nos ocupa, remitió 66 planos resultantes del trabajo de campo que incluyen las áreas de prestación objeto de la adjudicación del ASE y las microrrutas de cada una de las áreas a intervenir. Analizada esta información y con la remisión de los planos técnicamente elaborados se dio por verificado el literal a) *Plano correspondiente al área o áreas que se establecerían como de servicio exclusivo* del artículo 1.3.7.7 de la Resolución CRA 151 de 2001.

Por otra parte, en lo relacionado con los estudios técnicos y económicos que sustenten la extensión de la cobertura a los estratos de menores ingresos así como respecto de la afirmación según la cual *"No se entiende cómo puede darse por cumplido los requisitos b. y c. si el municipio está en mora de la actualización de la estratificación que por ley tiene que realizar el DANE con los insumos que le tiene que proporcionar el municipio, y que a la fecha no ha entregado. Pudo la CRA cerciorarse de esa situación?. La desactualización de la estratificación es evidente y usuarios de la comuna 2 no están aportando los subsidios que deberían, para así dar más porcentaje de subsidios. De esta manera como puede comprobarse la viabilidad financiera de las ASEs?. Si el municipio no ha cumplido con los requisitos mínimos para definir un estudio como el presentado, sin la actualización de los mapas, sin una estratificación confiable"*, nos permitimos hacer las siguientes precisiones:

De acuerdo con lo establecido en el artículo 40 de la Ley 142 de 1994 así como en la Resolución CRA 151 de 2001, el análisis respecto de la situación actual de la estratificación en el municipio no constituye un aspecto que deba ser evaluado y verificado en el marco de la actuación para la verificación de motivos. Adicionalmente, se precisa que durante el período probatorio ninguna de las partes hizo mención alguna sobre este aspecto, ni se remitieron pruebas al respecto.

En lo relacionado con la financiación global del servicio, así como la solicitud tendiente a que *"se incluya en la resolución que resuelva el recurso de reposición un análisis de inversiones y de costos de operación aportados en los supuestos ya que bajo el actual esquema se viene prestando el servicio con una flota renovada y actualizada, nos permitimos*, esta Comisión se permite señalar que todos los aspectos señalados por las partes fueron analizados y tenidos en cuenta para la toma de la decisión con base en la información aportada por el municipio en el curso de la actuación, información que permitió validar los costos de operación, administración, mantenimiento e inversión asociados a cada una de las actividades del servicio público de aseo, durante los ocho (8) de las áreas de servicio exclusivo. No obstante dado que el modelo financiero contiene información que se considera reservada, nos abstenemos de publicarla, en los términos solicitados.

Por otro lado, en lo relacionado con la solicitud de que *"en el remoto caso que se pretenda revocar la decisión inicial se solicite previamente a la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO — SIC -, concepto previo sobre la viabilidad de la aplicación de la figura de Área de Servicio Exclusivo en la ciudad de Cúcuta, como excepción al régimen de libre competencia establecido por el artículo 3332 de nuestra Constitución Nacional"*.

**Hoja N° 14 RESOLUCIÓN CRA 736 DE 2015 "Por la cual se resuelven los recursos de reposición presentados en contra de la Resolución CRA 727 de 2015 'por la cual se resuelve la solicitud de verificación de motivos para la inclusión de cláusulas de áreas de servicio exclusivo en los contratos que se suscriban para la prestación del servicio público de aseo en el municipio de San José de Cúcuta'"**

Sobre el particular, le recordamos que la Ley 142 de 1994 y la Resolución CRA 151 de 2001 establecen las condiciones y requisitos con fundamento en los cuales esta Comisión de Regulación tiene la facultad expresa de adelantar este tipo de actuaciones y resolverlas, verificando o no motivos, sin que para ello se deba solicitar *concepto previo sobre la viabilidad de la aplicación de la figura de Área de Servicio Exclusivo en la ciudad de Cúcuta, como excepción al régimen de libre competencia establecido por el artículo 3332 de nuestra Constitución Nacional*".

Finalmente, en lo relacionado con las pruebas remitidas en el oficio con radicado CRA 2015-321-006471-2 de 20 de noviembre de 2014, dentro de las que se muestran los ingresos y egresos del Fondo de Solidaridad del municipio de San José de Cúcuta, la UAE-CRA considera que dicha información debe ser suministrada oficialmente por la entidad competente para el efecto, para el caso particular el municipio, que es quien administra dicho fondo.

**ASEO URBANO S.A.S. E.S.P.**

Mediante comunicación con radicado CRA 20153210062792, el apoderado de la Empresa Aseo Urbano SAS E.S.P., se pronunció respecto del recurso presentado por la apoderada del municipio de San José de Cúcuta. Sobre el particular, esta Comisión se permite hacer las siguientes precisiones:

**1. "SOBRE LOS ARGUMENTOS DE COBERTURA QUE EN EL FONDO SUSTENTAN EL RECURSO PRESENTADO.**

*Aseo Urbano reconoce plenamente los valores disponibles en el SUI sobre la cantidad de usuarios para diciembre de 2014 y junio de 2015 que corresponden a 181.615 y 184.669 suscriptores respectivamente para todo el municipio.*

*La base de crecimiento de usuarios supuesta por el Municipio sea especialmente alta en el ario 2015, debido a la suposición y estimación de usuarios sin cobertura. Se tiene entonces que como metodología para revisar la falta o no de cobertura se compara un dato fáctico, cuantificado en el SUI y ubicado en planos y mapas, con una simple proyección de una de las partes Interesadas, que por tener el carácter mismo de proyección, no puede ser tomada como cierta ya que no está probada*

*Las pruebas recaudadas pues de lo contrario la presunta falta de cobertura de 2.210 usuarios serían puramente hipotética. La tasa interanual de crecimiento de usuarios fue del 3,3% (fuente SUI), mientras que el Municipio supone una tasa interanual de crecimiento del 2,2%. Debe tenerse en cuenta que la prueba se constituye en una de las principales actividades a desarrollar en el proceso y, por lo tanto, las hipótesis, proyecciones y meras afirmaciones carecen de plena eficacia jurídica cuando no se encuentran sustentadas."*

En la Resolución CRA 727 de 2015, esta Comisión elaboró una proyección con el fin de determinar cuál sería el incremento de la cobertura de las áreas de servicio exclusivo, si se hubiese dado por verificada la solicitud, es decir, en qué porcentaje aumentaría la cobertura bajo este esquema siendo el municipio de San José de Cúcuta el garante de la prestación del servicio, en relación con el incremento que han registrado los prestadores en el primer semestre del año 2015.

Dicho análisis dio como resultado que la extensión de cobertura en el municipio de San José de Cúcuta realizada por los prestadores actuales del servicio en el período comprendido entre diciembre de 2014 y junio de 2015, corresponde a un incremento del 1,7% al pasar de 181.615 suscriptores a 184.669 y la proyección del ASE realizada por el municipio, evidencia un incremento en la cobertura total de suscriptores en el mismo período, en el caso en que existiese el esquema de ASE, equivalente al 2,9% al pasar de 181.615 a 186.879 suscriptores. Lo anterior, representa un incremento en cobertura de 2.210 suscriptores, ubicados tanto en zonas urbanas como rurales correspondientes a estrato 1.

De acuerdo con lo anterior, se estimó un incremento en cobertura de 2.210 suscriptores ubicados tanto en zonas urbanas como rurales correspondientes a estrato 1. Sin embargo, se precisa que este dato no obedece al incremento total de lo que el municipio plantea como extensión de la cobertura, conformada por 7.592 suscriptores urbanos sustentados en los datos oficiales de Metrovivienda, y que también responden a la modificación del Plan de Ordenamiento Territorial — POT del municipio de San José de Cúcuta por Metrovivienda; y 2.050 suscriptores rurales que se evidencian en el trabajo de campo y en el documento de verificación de motivos cuyas estimaciones fueron probadas no solamente con proyecciones sino consolidadas en 66 mapas técnicamente elaborados que muestran cada una de las áreas objeto de verificación, tanto urbanas como rurales y las microrutas de cada una de estas.

Ahora bien, esta proyección no busca probar que los prestadores actuales no extenderían la cobertura a los usuarios de mejores ingresos (que el municipio argumenta que solo se alcanzaría mediante el esquema de ASE), en la misma cantidad que las cifras presentadas por el municipio. El ejercicio de la CRA solo busca mostrar los nuevos usuarios que serían incorporados bajo el esquema de ASE. En ese sentido, para la CRA, el Municipio demostró,

Hoja N° 15 **RESOLUCIÓN CRA 736 DE 2015** "Por la cual se resuelven los recursos de reposición presentados en contra de la Resolución CRA 727 de 2015 'por la cual se resuelve la solicitud de verificación de motivos para la inclusión de cláusulas de áreas de servicio exclusivo en los contratos que se suscriban para la prestación del servicio público de aseo en el municipio de San José de Cúcuta'"

con los datos aportados por este, que se aumentan coberturas, como es de esperarse, con el esquema de ASE. Eso no quiere decir que la CRA "niegue" que las empresas actuales hayan venido aumentando la cobertura hasta el momento de la toma de decisión, ni que lo puedan seguir haciendo a futuro.

## **2. "RECURSOS DISPONIBLES EN EL MEDIANO Y LARGO PLAZO PARA EXTENDER LA COBERTURA.**

### **Situación financiera del municipio.**

#### **Sobre el aporte de subsidios por parte del municipio de Cúcuta para el servicio de aseo. Recursos disponibles para garantizar la cobertura.**

*A pesar de no tener recursos el Municipio debe pagar subsidios, situación que no se presentaría en el modelo con ASEs.*

*No obstante lo anterior, debe señalarse que tal estado de precariedad no tiene interés en el proceso que nos ocupa, pues en la situación actual el municipio no aporta ni debe aportar recursos para garantizar la cobertura de los usuarios de menores ingresos como se explicará más adelante.*

*No se encuentra en el acto administrativo impugnado ninguna intención por parte de la CRA de opinar o improbar la situación fiscal del municipio de Cúcuta, por lo que las advertencias de la apoderada del Municipio resultan innecesarias.*

*Por lo tanto es importante alertar el error en que puede incurrir la CRA pues se pretende darle a tender que al haber pagos de subsidios (y aportar como prueba las planillas de pagos) hay un supuesto déficit en el municipio, cuestión apartada totalmente de la realidad, pues la apoderada del municipio se "olvida" decir que si bien hay pagos de subsidios, hay también ingresos por contribuciones y que el esquema es superavitario.*

*Adicionalmente, si la totalidad del área municipal con posibilidad técnica de servicio está incluida en las áreas de servicio de los contratos de condiciones uniformes, como es el caso de la ciudad de Cúcuta, basta con hacer las denuncias respectivas a la SSPD por incumplimiento del prestador de su promesa de servicio.*

*Por lo anterior es posible afirmar que el Municipio no logra demostrar que en la situación actual no existan los recursos de subsidios que permitan garantizar una cobertura del 100% ya que: i) el sistema actual es superavitario, y ii) el municipio tiene un margen alto para ajustar contribuciones.*

*en aras de discutir el argumento del literal d) recurrido por el municipio y suponer que existen estos 2.210 usuarios sin servicio, no es posible señalar la falsa dicotomía en la cual solo existen las alternativas de prestación directa por parte del municipio o ASE.*

*Nos encontramos aquí frente a una confrontación de argumentos de idéntica categoría, la representante del municipio señala que el municipio debe incurrir en costos de prestación o en un esquema ASEs porque los prestadores no están dispuestos, o no pueden, extender la cobertura a los 2.210 usuarios presuntamente sin cobertura; por su parte, las empresas prestadoras han manifestado expresamente su decisión y capacidad de prestar el servicio al 100% del municipio.*

*En vista de la ausencia de prueba sobre la incapacidad financiera de los prestadores, en el recurso se cambia radicalmente la argumentación trasladando la discusión a la incapacidad del municipio para asumir una prestación directa dada su precariedad presupuestal; sin embargo, este giro argumental no borra por sí mismo la realidad de que existen unos prestadores con capacidad financiera y compromiso jurídico probado de tener una cobertura del 100%, y como esto es así, no se puede argumentar que la única opción actual es la prestación directa por parte del municipio."*

El prestador presenta los movimientos del Fondo de Solidaridad y Redistribución de ingresos, sin embargo, dicha información debe ser remitida directamente por la fuente oficial, es decir, el municipio.

De otra parte, es claro para esta Comisión que para garantizar la prestación del servicio público de aseo, el municipio no requiere contar con recursos diferentes a los subsidios que debe aportar cuando el Fondo de Solidaridad y Redistribución de Ingresos sea deficitario, debido a que la prestación del servicio debe ser autosostenible con los recursos provenientes de las tarifas.

Con respecto al cálculo que presenta el prestador, de la tarifa con la Resolución CRA 720 de 2015 sin CLUS, para compararla con la tarifa calculada con la Resolución CRA 351 de 2005, es necesario precisar que estos ejercicios que no son necesarios, si se tiene en cuenta que para la verificación de motivos que realiza la Comisión no se requiere

**Hoja N° 16 RESOLUCIÓN CRA 736 DE 2015 "Por la cual se resuelven los recursos de reposición presentados en contra de la Resolución CRA 727 de 2015 'por la cual se resuelve la solicitud de verificación de motivos para la inclusión de cláusulas de áreas de servicio exclusivo en los contratos que se suscriban para la prestación del servicio público de aseo en el municipio de San José de Cúcuta'"**

realizar comparativos de las tarifas resultantes con la metodología tarifaria próxima a entrar en vigencia.

En relación con la capacidad financiera de los prestadores actuales que el municipio argumenta en su solicitud, es necesario reiterar, que éste no es un requisito que deba verificarse, ni una prueba, que aunque haya sido aportada por los prestadores, sirva para determinar la viabilidad del otorgamiento de áreas de servicio exclusivo en un municipio.

**"Sobre las economías de escala y los recursos disponibles.**

*Como se observa, la tabla compara, para el caso de recolección y transporte, los costos marginales de prestación usando la fórmula regulada por la CRA en la Resolución 720 (§dic. 14).*

*Se observa como extender la cobertura a 2.210 usuarios en el esquema actual implica un incremento del 1,2% en usuarios, pero una reducción del 0,01% en los costos por tonelada, es decir que el costo marginal de extender la cobertura en el esquema actual es negativo*

*Al observar el escenario con ASE, se debe incluir en el balance de costos del sistema, el costo de implementar el modelo de exclusividad, lo cual implica los costos de estructuración, avaluados en 300 MM (aún menos que el estudio de ASE) y la comisión de éxito de la compañía de la representante del municipio que asciende a \$2.300 MM. Así las cosas el balance es el siguiente: al observar el escenario con ASE, se debe incluir en el balance de costos del sistema, el costo de implementar el modelo de exclusividad, lo cual implica los costos de estructuración, avaluados en 300 MM (aún menos que el estudio de ASE) y la comisión de éxito de la compañía de la representante del municipio que asciende a \$2.300 MM"*

Sobre los ejercicios que realiza el prestador, del cálculo de tarifa con la Resolución CRA 720 de 2015, para compararla con la tarifa calculada con la Resolución CRA 351 de 2005, se reitera que no son necesarios, si se tiene en cuenta que para la verificación de motivos que realiza la Comisión no se requiere realizar comparativos de las tarifas resultantes con la metodología tarifaria próxima a entrar en vigencia.

Finalmente en relación con la información relativa al modelo financiero presentado por el municipio en la solicitud, esta entidad reitera la necesidad de reservar parte de dicha información, teniendo en cuenta que las ASE, son una figura excepcional en cuanto entrañan la concesión de un servicio<sup>3</sup>, y por tanto, suponen la celebración de un contrato de concesión en el que se precisarán las condiciones propias de la prestación del servicio en el marco del proceso licitatorio.

Así las cosas, el procedimiento administrativo para el establecimiento de un ASE, contrario a otros contratos de concesión que pueden licitarse bajo la sola facultad de la entidad contratante, requiere antes de la apertura de la licitación, que se adelante un trámite ante esta Comisión de Regulación y, por tanto, la reserva del modelo financiero y demás insumos del proceso licitatorio, elaborados directa o indirectamente por las entidades territoriales para la verificación de motivos y posterior proceso licitatorio, tiene fundamento en la naturaleza misma y fin último de la actuación administrativa que es el contrato de concesión, en los términos de lo establecido en el numeral 4 del artículo 20 del Decreto 1510 de 2013.

**3. OTRAS IMPRECISIONES DEL RECURSO.**

En lo que a la negación indefinida y el principio de *non reformatio in pejus* se refiere, esta entidad se permite reiterar las precisiones realizadas a lo largo del presente acto administrativo.

**Carácter reservado de la información en materia administrativa.**

*"De acuerdo con lo anterior es necesario indicarle al Ente regulador que teniendo en cuenta los conceptos sobre reserva de los documentos en materia administrativa ya mencionados, al momento de hacer efectivo el traslado a mi representada del recurso presentado por la apoderada del municipio de San José de Cúcuta, no se le permitió observar claramente las cifras que instan dicho recurso y como bien es sabido el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) contempla expresamente en su artículo 36 que "(...)Cualquier persona tendrá derecho a examinar los expedientes en el estado en que se encuentren, salvo los documentos o cuadernos sujetos a reserva y a obtener copias y certificaciones sobre los mismos (...)". No obstante, la salvedad que contempla el artículo en comento no aplica porque ya se ha dicho que la información correspondiente a las cifras financieras de las ASEs, en ningún caso están catalogadas con carácter reservado. Por tanto, al no conocer estas cifras ya sea por simple información o para la posible opción de controvertirlas en caso que fuere necesario, se está incurriendo en la violación de principios constitucionales".*

<sup>3</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia AP 888 de 13 de agosto de 2008, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.



**Hoja N° 17 RESOLUCIÓN CRA 736 DE 2015 "Por la cual se resuelven los recursos de reposición presentados en contra de la Resolución CRA 727 de 2015 'por la cual se resuelve la solicitud de verificación de motivos para la inclusión de cláusulas de áreas de servicio exclusivo en los contratos que se suscriban para la prestación del servicio público de aseo en el municipio de San José de Cúcuta'"**

Sobre el particular, esta entidad se permite reiterar la necesidad de reservar parte del expediente teniendo en cuenta que las ASE son una figura excepcional en cuanto entrañan la concesión de un servicio<sup>4</sup>, y por tanto, suponen la celebración de un contrato de concesión en el que se precisarán las condiciones propias de la prestación del servicio en el marco del proceso licitatorio.

Así las cosas, el procedimiento administrativo para el establecimiento de un ASE, contrario a otros contratos de concesión que pueden licitarse bajo la sola facultad de la entidad contratante, requiere antes de la apertura de la licitación, que se adelante un trámite ante esta Comisión de Regulación y, por tanto, la reserva del modelo financiero y demás insumos del proceso licitatorio, elaborados directa o indirectamente por las entidades territoriales para la verificación de motivos y posterior proceso licitatorio, tiene fundamento en la naturaleza misma y fin último de la actuación administrativa que es el contrato de concesión, en los términos de lo establecido en el numeral 4 del artículo 20 del Decreto 1510 de 2013.

## **RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR EL APODERADO DE ASEO URBANO S.A.S. E.S.P.**

### **Contenido del recurso.**

Mediante comunicación con radicado CRA 2015-321-006305-2 de 10 de noviembre de 2015, el apoderado de la Empresa Aseo Urbano S.A.S. E.S.P., presentó el documento contentivo de la "solicitud de modificación de algunos de los considerandos de la Resolución CRA 727 de 7 de octubre de 2015", en el cual argumenta lo siguiente:

*"El acto administrativo debe ser modificado en la conclusión transcrita por cuanto no analizó las demás pruebas que las partes allegaron a la actuación administrativa, a fin de demostrar por qué el acervo allegado al asunto por los demás intervinientes no era válido o correcto*

(...).

*En efecto, si bien la Resolución indica que se analizó la totalidad de documentos que obran en el expediente, lo cierto es que el citado acto administrativo no explica por qué no analizó la citada información aportada por mi representada, toda vez que al adoptar la decisión de fondo sobre la cobertura, la CRA UNICAMENTE toma la información del SUI de diciembre de 2014 y junio de 2015 para compararla con unos supuestos presentados en las proyecciones hipotéticas del municipio, calculadas entre diciembre de 2014 y junio de 2015".*

### **ANÁLISIS DEL RECURSO DE REPOSICIÓN.**

Sobre el recurso, la Comisión plantea las siguientes consideraciones:

En primer lugar, se aclara que como se enuncia en la Resolución CRA 727 de 2015, y dando cabal cumplimiento a la normatividad que regula el trámite de las actuaciones administrativas, se analizó en su totalidad el material probatorio obrante en el expediente recaudado por esta entidad y aportado por las partes en el desarrollo de la actuación, entre estas, la Comunicación con Radicado CRA 2015-321-005393-2 de 29 de septiembre de 2015 y la información a la que se hace mención contenida en el numeral "4.2. Crecimiento Histórico de Usuarios".

En tal sentido, no se encuentra sustento alguno en las afirmaciones del recurrente que señalan que no se analizó la totalidad del acervo probatorio, pues la decisión adoptada por esta entidad obedeció precisamente a la valoración juiciosa de las pruebas, incluso aquellas que nada tienen que ver con el objeto de la actuación administrativa como aquella relacionada con la suficiencia financiera de los prestadores.

No obstante, la valoración de las pruebas tiene como finalidad dar certeza a la entidad de los hechos que se quieren probar, y por tal motivo, se requiere hacer una ponderación de las mismas con el objeto de determinar cuál resulta más eficaz para cumplir tal finalidad.

Por tal razón, se precisa que esta Comisión en ningún momento desconoce que la persona prestadora Aseo Urbano S.A.S E.S.P ha incrementado la cobertura en el municipio de San José de Cúcuta tal como lo demuestra con el reporte del SUI aportado en el marco de la actuación. Sin embargo, en el marco de la actuación administrativa que nos ocupa, el artículo 1.3.7.7 Verificación de los motivos, literal b), establece la definición del número de usuarios de menores ingresos a los cuales se extendería el servicio, de acuerdo con la estratificación adoptada por el municipio, parámetro que se evidencia tanto en el Documento de Verificación de Motivos como el Modelo Financiero remitido por el municipio de San José de Cúcuta, aspecto este que fue demostrado por el municipio, y no se refiere a la ampliación de la cobertura del servicio en periodos anteriores. Es decir, la norma señala que el municipio debe definir

<sup>4</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia AP 888 de 13 de agosto de 2008, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

**Hoja N° 18 RESOLUCIÓN CRA 736 DE 2015 "Por la cual se resuelven los recursos de reposición presentados en contra de la Resolución CRA 727 de 2015 'por la cual se resuelve la solicitud de verificación de motivos para la inclusión de cláusulas de áreas de servicio exclusivo en los contratos que se suscriban para la prestación del servicio público de aseo en el municipio de San José de Cúcuta'"**

el número de usuarios a los que les extenderá la cobertura bajo el modelo ASE, independientemente de que hasta la fecha de la solicitud los prestadores hayan ampliado su cobertura.

Así las cosas, el aspecto a valorar por parte de esta entidad se concreta en que efectivamente el municipio solicitante, con el esquema de áreas de servicio exclusivo extienda la cobertura, y no si ésta se ha extendido en el pasado bajo otros esquemas de prestación.

En este caso, el objeto de la actuación determina la prueba que debe ser valorada con mayor ponderación.

No obstante, y justamente para efectos de analizar también la información aportada por todas las partes, esta Comisión elaboró una proyección con el fin de determinar cuál sería el incremento de la cobertura de las áreas de servicio exclusivo, si se hubiese dado por verificada la solicitud, es decir en qué porcentaje aumentaría la cobertura bajo este esquema, siendo el Municipio de San José de Cúcuta el garante de la prestación del servicio, en relación con el incremento que han registrado los prestadores en el primer semestre del año 2015. Análisis que dio como resultado que la extensión de cobertura en el municipio de San José de Cúcuta realizada por los prestadores actuales del servicio, en el período comprendido entre diciembre de 2014 y junio de 2015, corresponde a un incremento del 1,7% al pasar de 181.615 suscriptores a 184.669 y la proyección del ASE realizada por el municipio, evidencia un incremento en la cobertura total de suscriptores en el mismo período, en el caso en que existiese el esquema de ASE, equivalente al 2,9% al pasar de 181.615 a 186.879 suscriptores. Lo anterior, representa un incremento en cobertura de 2.210 suscriptores ubicados tanto en zonas urbanas como rurales correspondientes a estrato 1.

Ahora bien, en relación con su afirmación según la cual:

*"(...) No obstante lo anterior, se debe señalar que mi representada se ocupó de probar su solvencia financiera, al igual que la forma adecuada en que debe interpretarse la información reportada al SUI sobre la efectividad en el recaudo, en la medida en que la solicitud de la Entidad Territorial bajo el título denominado "PROBLEMÁTICA ACTUAL EN LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO EN SAN JOSE DE CUCUTA.*

*(...).*

*Por lo anterior, es necesario que se verifiquen por la CRA las pruebas allegadas para desmentir tales argumentos que fundamentan de fondo las ASE solicitadas, pues esas afirmaciones del municipio están encaminadas supuestamente a demostrar que en las actuales condiciones no sería viable extender en un futuro próximo la cobertura por los actuales prestadores, por ende, la necesidad de demostrar lo contrario con las pruebas aportadas.*

*Para tal efecto se solicita entonces verificar los documentos presentados al proceso, esto es, los estados financieros a 31 de diciembre de 2012, 2013 y 2014 y demás pruebas concordantes.*

*Igualmente para desvirtuar las afirmaciones del municipio en lo que tiene que ver con la efectividad en el recaudo, se solicita tener en cuenta que en el expediente reposa el acta de la reunión celebrada entre mi representada y la SSPD en la que se aclaró el alcance del reporte al SUI sobre dicho tema (recaudo) (...).*

Al respecto, se ratifica que se analizó la totalidad de la información obrante en el expediente, aportada por el municipio y por los terceros reconocidos como parte dentro de la actuación administrativa.

En lo referente a las pruebas de la información financiera remitida por la Empresa Aseo Urbano S.A.S E.S.P, esta Comisión realizó un análisis comparativo con los reportados en el Sistema Único de Información – SUI, consultados mediante el siguiente enlace: Aseo/Reportes/Financieros/Estado de Resultados o Balance General, y se observaron diferencias importantes que se pueden evidenciar en el cuadro siguiente:

**Mayor (Menor) valor respecto de lo reportado al SUI  
(Expresado en %)**

<b>Año</b>	<b>2014</b>	<b>2013</b>
Total Activo	7%	7%
Total Pasivo	2%	3%
Patrimonio	16%	11%
Ingresos Operacionales	30%	17%
Utilidad Operacional	-17%	-25%
Utilidad Neta	35%	4%

**Fuente: Cálculos CRA, SUI**

Hoja N° 19 **RESOLUCIÓN CRA 736 DE 2015** *"Por la cual se resuelven los recursos de reposición presentados en contra de la Resolución CRA 727 de 2015 'por la cual se resuelve la solicitud de verificación de motivos para la inclusión de cláusulas de áreas de servicio exclusivo en los contratos que se suscriban para la prestación del servicio público de aseo en el municipio de San José de Cúcuta'"*

Adicionalmente, se revisaron las evaluaciones de nivel de riesgo realizadas por la Superintendencia de Servicios Públicos y que se encuentran disponibles en el siguiente enlace: <http://www.superservicios.gov.co/content/download/8598/72383/version/2/file/Nivel+de+riesgo+servicio+de+aseo+mayores+a+2.500.+2014+%28an%CC%83os+2012-2013%29.pdf>

Sin embargo, y como se mencionó en la Resolución CRA 727 de 2015, esta información no es relevante para la verificación de motivos.

Por otra parte, en lo relacionado con los centros poblados, esta Comisión dio por verificado el punto relacionado con la cobertura, porque el municipio efectivamente incluyó el listado de los centros poblados, y aunque la solicitud no incluyó en dicho listado todos aquellos centros poblados a los cuales actualmente el prestador Aseo Urbano S.A.S. E.S.P. presta el servicio en libre competencia, aseguró y demostró que de ser adjudicada el esquema de Áreas de servicio exclusivo aumentaría la cobertura a usuarios de menores ingresos.

En consecuencia, la solicitud del recurrente no tiene vocación de prosperidad.

**Pronunciamientos de las partes al traslado otorgado del Recurso de reposición presentado por el apoderado de Aseo Urbano SAS E.S.P.**

Tal y como se mencionó, mediante radicado CRA 2015-321-006507-2 de 23 de noviembre de 2015, la apoderada del municipio describió el traslado del recurso de reposición impetrado por el apoderado de Aseo Urbano S.A.S. E.S.P.

Los argumentos expuestos por la apoderada se resumen a continuación:

Respecto de la solicitud de Aseo Urbano S.A.S. E.S.P. de modificar los considerandos del acápite *"análisis de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico - CRA con respecto a los suscriptores"* de la Resolución CRA 727 de 2015:

*"Es preciso mencionar, en primer término, que los incrementos en el porcentaje de usuarios atendidos en los periodos anteriores a la solicitud de verificación de motivos del municipio que le permitan la conformación de ASE en el ente territorial, es totalmente irrelevante impertinente e inútil para efectos de la actuación administrativa, en la medida que este esquema de prestación del servicio en exclusividad podrá constituirse, siempre que se demuestre, por parte del municipio, el cumplimiento de los dos requisitos establecidos en el artículo 1.3.7.6 de la Resolución CRA 151 de 20016, entre los cuales no se encuentra el comportamiento de los mencionados incrementos.*

*(...) los "análisis que (ASEO URBANO S.A.S. E.S.P.) efectuó con base en el mismo sui, constituyen una simple interpretación de los datos consignados para los periodos señalados en el Radicado CRA 20153210063052 del 10 de noviembre de 2015, sin que esto modifique, en forma alguna, el hecho de que con las ASE propuestas por el Municipio de San José de Cúcuta, se logra extender la cobertura real a los usuarios de menores ingresos que actualmente no cuentan con la prestación del servicio público de aseo, así como a todos aquellos usuarios que se encuentran en las condiciones técnicas necesarias para recibir la prestación del mismo.*

*Lo que resulta relevante para la actuación administrativa de verificación de motivos, es que con la implementación de las ASE propuestas en el Municipio de San José de Cúcuta se extendería la prestación del servicio público de aseo, como bien se demostró con la solicitud de verificación de motivos, anexos, pruebas aportadas en virtud de los Autos 001 y 002 de 2015, y tal como se consideró en la Resolución CRA 727 de 2015, con total y absoluta independencia de que antes hayan existido o no incrementos en la cobertura por parte de los prestadores actuales."*

Sobre este punto ya se hizo el respectivo estudio en el análisis del recurso del apoderado de Aseo Urbano S.A.S. E.S.P., en el sentido de que si bien es importante que en el esquema actual exista ampliación de la cobertura, para la actuación administrativa que nos ocupa, basta con que el municipio pruebe que ampliará la cobertura a usuarios de menores ingresos con el esquema de áreas de servicio exclusivo, con independencia de lo que hasta ahora haya venido ocurriendo.

Respecto de la solicitud de Aseo Urbano S.A.S. E.S.P. de modificar los considerandos del acápite *"análisis de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico - CRA con respecto a la viabilidad financiera"* de la Resolución CRA 727 de 2015:

*"Como se dejó claro en dichos documentos y en el mencionado acto administrativo, las pruebas referentes a la viabilidad financiera del prestador, al igual que las relacionadas con la eficiencia en el recaudo del prestador, son absolutamente irrelevantes, impertinentes e inútiles para efectos de la actuación administrativa, en la medida que para la verificación de motivos se requiere dar cumplimiento por parte del ente territorial, únicamente, a los dos requisitos establecidos en el*

Hoja N° 20 **RESOLUCIÓN CRA 736 DE 2015** "Por la cual se resuelven los recursos de reposición presentados en contra de la Resolución CRA 727 de 2015 'por la cual se resuelve la solicitud de verificación de motivos para la inclusión de cláusulas de áreas de servicio exclusivo en los contratos que se suscriban para la prestación del servicio público de aseo en el municipio de San José de Cúcuta'"

artículo 1.3.7.6 de la Resolución CRA 151 de 200118, entre los cuales no se encuentra absolutamente ninguna alusión a la viabilidad financiera del prestador."

En lo relacionado con la viabilidad financiera de los prestadores y la eficiencia en el recaudo de estos; se reitera lo manifestado en la Resolución CRA 727 de 2015 acerca de que esta información no se constituye como relevante para la verificación de motivos para la adjudicación de áreas de servicio exclusivo del municipio de San José de Cúcuta, debido a que no hace referencia al monto de los recursos que se requieren para garantizar la extensión de la cobertura del servicio a los usuarios de menores ingresos y que el ente territorial, como garante de la prestación del servicio, debe presupuestar, en caso de que no sean suficientes.

En consideración de todo lo anterior, los argumentos del recurrente no están llamados a prosperar.

Que en mérito de lo expuesto, la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico – CRA,

**RESUELVE:**

**ARTÍCULO PRIMERO.- NEGAR** todas las pretensiones de los recursos de reposición interpuestos por los apoderados del municipio de San José de Cúcuta y de Aseo Urbano S.A.S. E.S.P., contra la Resolución CRA 727 de 2015, conforme lo expuesto en la parte motiva de la presente resolución.

**ARTÍCULO SEGUNDO.- CONFIRMAR** en su integridad Resolución CRA 727 de 2014 "Por la cual se resuelve la solicitud de verificación de motivos para la inclusión de cláusulas de áreas de servicio exclusivo en los contratos que se suscriban para la prestación del servicio público de aseo en el municipio de San José de Cúcuta".

**ARTÍCULO TERCERO.- NOTIFICAR** personalmente el contenido de la presente resolución a la apoderada del municipio de San José de Cúcuta, así como a los Representantes Legales y/o apoderados de las empresas Aseo OK S.A. E.S.P.; Proactiva Oriente S.A. E.S.P.; Aseo Urbano S.A.S. E.S.P. y Limpieza Metropolitana S.A. E.S.P., quienes se constituyeron como parte dentro de la actuación, informándoles que contra ella no procede ningún recurso.

De no ser posible la notificación personal, se dará aplicación a lo previsto por el artículo 69 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y procederá la correspondiente notificación por aviso.

**ARTÍCULO CUARTO.- COMUNICAR** el contenido de la presente resolución a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios para lo de su competencia, una vez en firme.

**ARTÍCULO QUINTO.- VIGENCIA.** La presente Resolución rige desde la fecha de su notificación.

**NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Dada en Bogotá D.C. a los nueve (9) días del mes de diciembre de dos mil quince (2015).

  
**MARIA CAROLINA CASTILLO AGUILAR**  
Presidente

  
**JULIO CESAR AGUILERA WILCHES**  
Director Ejecutivo