



Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio

República de Colombia

Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico - CRA

RESOLUCIÓN CRA 797 DE 2017

(30 de mayo de 2017)

“Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución CRA 786 de 2017”

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

En ejercicio de las facultades legales y en especial de las que le confiere las Leyes 142 de 1994, 1437 de 2011 y 1755 de 2015, los Decretos 1524 de 1994, 2882 y 2883 de 2007, modificado por el Decreto 2412 de 2015, la Resolución CRA 151 de 2001, y

CONSIDERANDO

Que mediante comunicaciones con los radicados CRA 2016-321-004301-2 de 20 de junio de 2016 y CRA 2016-321-004349-2 de 21 de junio de 2016, la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos de Bogotá – UAESP, presentó ante esta Comisión de Regulación, solicitud de verificación de la existencia de motivos que permitan la inclusión de cláusulas de áreas de servicio exclusivo para la prestación del servicio público de aseo en el Distrito Capital, para las actividades de comercialización, recolección, transporte, barrido y limpieza de vías y áreas públicas, corte de césped, poda de árboles, lavado de áreas públicas e instalación y mantenimiento de cestas.

Que en aras de contar con el acompañamiento de la Procuraduría General de la Nación en desarrollo de la actuación administrativa y dada la importancia de la misma, mediante radicado CRA 2016-211-003321-1 de 22 de junio de 2016, la Unidad Administrativa Especial Comisión de Regulación de Agua potable y Saneamiento Básico - UAE CRA solicitó a la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Preventiva de la Función Pública dicho acompañamiento. En el marco del cual se adelantaron 7 reuniones de trabajo, tal como quedó documentado en la Resolución CRA 786 de 2017.

Que surtida la actuación administrativa contemplada en la normativa vigente, la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico - CRA, expidió la Resolución CRA 786 de 2017 *“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 Distrito Capital para las actividades de comercialización, recolección, transporte, barrido y limpieza de vías y áreas públicas, corte de césped, poda de árboles, lavado de áreas públicas, instalación y mantenimiento de cestas”*, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO PRIMERO.- 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 Distrito Capital, para las actividades de comercialización, recolección, transporte, barrido y limpieza de vías y áreas públicas, corte de césped, poda de árboles, lavado de áreas públicas, instalación y mantenimiento de cestas, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de la presente resolución.

ARTÍCULO SEGUNDO.- NOTIFICAR el contenido de la presente Resolución a la Directora General de la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos - UAESP o a quien haga sus veces, así como a los Representantes Legales o Apoderados de las empresas y a las personas naturales que se constituyeron en parte dentro de la actuación administrativa, haciéndoles entrega de copia de la Resolución, e 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.

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.

ARTÍCULO TERCERO. - COMUNICAR el contenido de la presente resolución, una vez en firme, a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y a la Superintendencia de Industria y Comercio 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 2017-211-000793-1, 2017-211-000789-1, 2017-211-000794-1, 2017-211-000791-1, 2017-211-000788-1, 2017-211-000786-1, 2017-211-000792-1, 2017-211-000790-1 y 2017-211-000787-1 de 28 de febrero de 2017, se remitió citación para notificación personal a la Directora General de la UAESP, así como a los representantes legales y/o apoderados de los terceros reconocidos dentro de la actuación administrativa.

Que la Directora General de la UAESP compareció a notificarse personalmente de la Resolución CRA 786 de 2017, el 1 de marzo de 2017. Así mismo, se notificó personalmente al representante legal de la empresa ASEO TÉCNICO DE LA SABANA S.A. E.S.P. el día 2 de marzo de 2017 y al apoderado de la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Bogotá el día 7 de marzo de 2017.

Que teniendo en cuenta que Aseo Internacional S.A. E.S.P, Ciudad Limpia S.A. E.S.P, Limpieza Metropolitana S.A. E.S.P, Servicios Ambientales S.A. E.S.P. y Recolección y Aseo S.A. E.S.P, Ricardo Felipe Herrera y Sandra Cifuentes Carrillo no comparecieron a notificarse personalmente de la Resolución CRA 786 de 2017, esta entidad en acatamiento de lo dispuesto en el artículo 69 de la Ley 1437 de 2011, mediante los radicados CRA 2017-211-000968-1, 2017-211-000969-1, 2017-211-000970-1, 2017-211-000971-1, 2017-211-000972-1 y 2017-211-000973-1 de 9 de marzo de 2017, procedió a notificarles por aviso dicho acto administrativo informándoles que contra la misma procedía el recurso de Reposición el cual podría ser interpuesto dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a su notificación.

Que dentro del término legal, se interpusieron cuatro recursos de reposición contra la Resolución CRA 786 de 2017, así: Ricardo Felipe Herrera mediante radicado CRA 2017-321-003235-2 de 29 de marzo de 2017, Sandra Cifuentes Carrillo mediante radicado CRA 2017-321-003266-2 de 29 de marzo de 2017, la empresa Ciudad Limpia S.A. E.S.P. mediante radicado CRA 2017-321-003273-2 de 29 de marzo de 2017 y Diego Caicedo en su calidad de apoderado de las empresas Servicios Ambientales S.A. E.S.P. y Recolección y Aseo S.A. E.S.P. mediante radicado CRA 2017-321-003285-2 de 30 de marzo de 2017.

Que dentro de los recursos interpuestos, Ciudad Limpia S.A. E.S.P, solicitó la practicas de pruebas, igualmente Sandra Carrillo Cifuentes pidió que se le tuvieran en cuenta las pruebas presentadas dentro de la actuación, las cuales fueron rechazadas mediante Auto 004 de 2017.

Que en desarrollo del comité de expertos número 45 de 15 de mayo de 2017, se aprobó el auto 006, por medio del cual **"se resuelve la solicitud de pruebas presentada en los recursos de reposición contra la Resolución CRA 786 de 2017 '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 Distrito Capital para las actividades de comercialización, recolección, transporte, barrido y limpieza de vías y áreas públicas, corte de césped, poda de árboles, lavado de áreas públicas, instalación y mantenimiento de cestas"**.

Que en dicho auto se resolvió negar la solicitud de pruebas por cuanto las mismas no resultaron conducentes, pertinentes ni útiles en el trámite de la actuación administrativa. Y al respecto, se consideró:

I. "ANÁLISIS DE LAS SOLICITUDES PROBATORIAS.

Que respecto de las pruebas solicitadas por Ciudad Limpia S.A. E.S.P., esta entidad se pronunciará sobre cada una de ellas.

Que en cuanto a la prueba "Se solicita a la CRA que oficie a la Superintendencia de Industria y Comercio para que conceptúe dentro de la Actuación Administrativa acerca de la viabilidad de limitar la libre competencia a través de un esquema de ASE. (...)", el artículo 40 de la Ley 142 de 1994, facultó a la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, a definir por vía general cómo se verifica la existencia de los motivos que permiten la inclusión de áreas de servicio exclusivo en los contratos; y a definir los lineamientos generales y las condiciones a las cuales deben someterse ellos, por lo tanto esta entidad expidió la Resolución CRA 151 de 2001, que en su artículo 1.3.7.6 consagra 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, y por lo tanto es competencia de la entidad verificar los motivos de las áreas de servicio exclusivo presentadas por los entes territoriales.

Que en lo relacionado con la obligación de oficiar a la Superintendencia de Industria y Comercio -

SIC, es menester hacer alusión a al Decreto 2897 de 2010, que en su artículo 1° consagra "Objeto. El presente decreto establece las autoridades que deberán informar a la Superintendencia de Industria y Comercio sobre los proyectos de acto administrativo que se propongan expedir con fines de regulación, así como las reglas aplicables para que esta entidad pueda rendir concepto previo acerca de la potencial incidencia de la regulación sobre la libre competencia económica en los mercados, de acuerdo con el artículo 7° de la Ley 1340 de 2009."

Que así las cosas y dado que la Resolución CRA 786 de 2017, no se constituye como un proyecto de regulación general, sino que es el resultado de una actuación administrativa particular, no se encuentra incurso dentro de los actos administrativos que se deben informar a la SIC, para rendir concepto previo, bajo la abogacía de la competencia.

Que dado lo anterior se concluye que la prueba solicitada es impertinente.

Que respecto de las pruebas documentales solicitadas en las que se pide se oficie a la UAESP con el fin de que allegue documentos referidos a la no viabilidad financiera del modelo, dentro de la verificación que realizó la CRA con respecto a su suficiencia financiera, la entidad solicitante acreditó todos los requisitos establecidos en los numerales 1.3.7.6 y 1.3.7.7 de la Resolución CRA 151 de 2001. En el requerimiento de información enviado a la UAESP con radicado CRA 2016-211-004474-1 de 3 de agosto de 2016, literal f. Financiación global del servicio, se solicitó:

"(...) soportar el uso de las tecnologías que se listan a continuación y su inclusión en el modelo financiero:

- o Contenedores
- o Chip de llenado de contenedores
- o Chip de llenado de cestas
- o GPS de contenedores
- o GPS de cestas
- o Contenedores para suscriptores multiusuarios
- o Equipo para aspirar puentes peatonales de Transmilenio
- o Software requerido para el funcionamiento del sistema de información del esquema de áreas de servicio exclusivo. (...).

Por lo anterior, las actividades diferentes de las contenidas en las normas legales y reglamentarias, del servicio público de aseo, que la UAESP incluye como obligación de los concesionarios en su área de servicio exclusivo, como por ejemplo, recolección de residuos de construcción y demolición, recolección domiciliaria ocasional, recolección de llantas y operativos de limpieza de puntos críticos, esta Comisión, no entrará a verificarlas como parte de la presente actuación administrativa".

Que al respecto, la UAESP mediante radicado CRA 2016-321-005754-2 de 22 de agosto de 2016, con relación a las tecnologías indicó:

"El uso de tecnologías que fue considerado en el modelo financiero, se encuentra acorde con la regulación, como lo es por ejemplo los sistemas de información para la prestación del servicio de aseo.

Sin embargo, aquellos elementos y/o actividades que no se encuentran contemplados en la regulación expedida por la CRA, como lo es por ejemplo: contenedores, los chips de contenedores, chip de llenado de cestas, GPS de contenedores, GPS de cestas, contenedores para suscriptores multiusuarios, equipo para aspirar puentes peatonales de Transmilenio, serán asumidos con cargo a las obligaciones de hacer, conforme lo establece el artículo 88 del Acuerdo No 645 de 2016- PLAN DISTRITAL DE DESARROLLO y el numeral 32 del Pliego de Condiciones.

Así mismo, se aclara que en el momento en que la Unidad determine el montaje y operación de su propio sistema de información, tal sistema no se desarrollará con cargo a los recursos vía tarifa, en concordancia con lo establecido en el numeral 18.1.11. del Pliego de Condiciones denominado "GESTION COMERCIAL Y FINANCIERA" y su pago se realizaría con cargo a las obligaciones de hacer, si así fuere el caso"

Que, con la información suministrada por la UAESP dentro del curso de la presente actuación administrativa, la CRA verificó que dichas actividades no fueron incluidas en el modelo financiero y por lo tanto esta entidad no requirió más información para la verificación de motivos para la inclusión de áreas de servicio exclusivo.

Que, en consecuencia, de lo expuesto, dichas pruebas documentales son inútiles.

Que, de otra parte, en relación con la alusión a sobrecostos derivados de supuestas exigencias anti-técnicas o sin soporte legal o tarifario que guardan relación con lo señalado anteriormente, se recuerda lo consagrado por esta Comisión en los considerandos de la Resolución CRA 786 de 2017 en el literal f. *Financiación global del servicio del numeral 7. Análisis técnico:*

"Al examinar toda la información remitida por la UAESP mediante Radicados CRA 2016-321-009531-2 de 9 de diciembre de 2016 y CRA 2016-321-010212-2 de 30 de diciembre de 2016, en lo relacionado al estudio financiero de viabilidad económica, se evidencia que el esquema presenta una valoración de los ingresos, gastos administrativos, costos operativos, costos asociados a la extensión de la cobertura en el área rural y el balance de subsidios y contribuciones del Distrito, y que este último se cubrirá con recursos del SGP Sectorial como municipio.

Que mediante radicado CRA 2016-321-009531-2 de 9 de diciembre de 2016, la UAESP en el reglamento comercial y financiero manifestó:

"4.6.1. Bolsas del Esquema Financiero del Servicio Público de Aseo

El esquema financiero del servicio público de aseo está conformado por dos Bolsas en las que se destinan los recursos del recaudo por el pago del servicio por parte de los usuarios o suscriptores y el descuento de la remuneración de cada concesionario, resultante de su oferta económica.

BOLSA No.1: *Los ingresos de esta bolsa corresponde a los recaudos por concepto del recaudo del servicio público de aseo.*

BOLSA No.2: *Los ingresos de esta bolsa corresponden al descuento de la remuneración del concesionario [RC*PD] y se destinarán a Obligaciones de Hacer".*

Que derivado de la revisión que hizo la CRA para que los costos incluidos en el modelo financiero del esquema de áreas de servicio exclusivo estuviesen ajustados a la metodología tarifaria contenida en la Resolución CRA 720 de 2015, los montos establecidos para el valor de los contratos fueron estimados a partir de ésta, y que para su cálculo sólo fueron incluidas las actividades que componen el servicio público de aseo.

Que en relación con los costos asociados a lo que la UAESP denomina "Obligaciones de Hacer" mediante el Auto 002 del 14 de septiembre de 2016, la UAE-CRA solicitó:

- *"(...) explicar y sustentar cuáles serán las fuentes de financiación para los equipos y actividades mencionadas en el punto anterior y que en el documento de respuesta al requerimiento se indica: serán asumidos con cargo a las obligaciones de hacer, conforme lo establece el artículo 88 del Acuerdo N° 645 de 2016, teniendo en cuenta que el Decreto 1077 de 2015 establece en el artículo 2.3.2.2.1.13. "Actividades del servicio público de aseo". (...).*

(...) Las actividades diferentes de las contenidas en las normas legales y reglamentarias, del servicio público de aseo, que la UAESP incluye como obligación de los concesionarios en su área de servicio exclusivo, como, por ejemplo, recolección de residuos de construcción y demolición, recolección domiciliaria ocasional, recolección de llantas y operativos de limpieza de puntos críticos, no serán verificadas por parte de esta comisión en tal sentido, se solicita excluirlas del modelo financiero objeto de revisión en el marco de la presente actuación administrativa".

Que mediante radicado CRA 2016-321-007645-2 de 13 de octubre de 2016, la UAESP informó que:

"Las obligaciones de hacer se ejecutarán con cargo al porcentaje de utilidad que el concesionario decida ofertar voluntariamente para conformar una bolsa de recursos que en el Pliego fue denominada "Bolsa No 2 (numeral 3.2 "REMUNERACIÓN DEL CONCESIONARIO)", y la cual se conformará para cumplir con objetivos determinados relacionados con la responsabilidad social, protección ambiental, el embellecimiento de la ciudad y el aprovechamiento de residuos, entre otros aspectos.

Ahora bien, es de indicarse que los recursos destinados para la ejecución de las obligaciones de hacer provienen de la estructuración del proceso de licitación, en el cual se incorporó, en la evaluación económica, una calificación respecto del porcentaje de descuentos sobre la remuneración ofertada por el concesionario. Lo anterior, conforme lo establecido en el numeral 38.1. "CRITERIOS DE CALIFICACIÓN", ítem 2 "Porcentaje de descuento ofrecido de la remuneración (PD)" y el numeral 38.3.2. denominado COMPONENTE 3- CALIFICACIÓN DE LA OFERTA DEL PORCENTAJE DE DESCUENTO SOBRE LA REMUNERACIÓN FINAL DEL

CONCESIONARIO (PD).

(...) Así mismo, se indica que se ajustó el modelo financiero excluyendo la recolección de residuos de construcción y demolición. En este mismo sentido, se procederá a ajustar el Pliego de Condiciones.

En lo que respecta a la recolección de llantas y operativos de limpieza de puntos críticos, tales actividades no se encuentran incorporados en el modelo financiero y, por lo tanto, las mismas se ejecutarán con cargo a las obligaciones de hacer y no con cargo a la tarifa, tal como se aclarará en el Pliego de Condiciones."

Que en virtud de lo expuesto, las obligaciones de hacer no se incluyen en el modelo los costos asociados a tales obligaciones, ni en el cálculo de las tarifas.

Que al respecto, la CRA en la Resolución CRA 786 de 2017, en un aparte del literal f. aclaró "Que las competencias de la Comisión se limitan a verificar los motivos para el otorgamiento de áreas de servicio exclusivo, en los términos señalados en la normatividad expuesta, sin que pueda pronunciarse sobre la estructuración de las licitaciones, los contratos que se suscriban en virtud de la misma, las obligaciones que de dichos contratos asumen los potenciales concesionarios y el municipio, y, en general, sobre los documentos contractuales o precontractuales con arreglo a los que la entidad territorial concesione el servicio de aseo.

Que en ningún caso se podrán incluir actividades que no componen el servicio público de aseo en la tarifa".

Que respecto de los "sobrecostos derivados de exigencias antitécnicas o sin soporte legal o tarifario" luego de la revisión de los Reglamento Comercial y Financiero y Técnico Operativo, mediante el Auto 002 de 14 de septiembre de 2016, se solicitó:

"(...) explicar y sustentar cuáles serán las fuentes de financiación para los equipos y actividades mencionadas en el punto anterior y que en el documento de respuesta al requerimiento se indica: serán asumidos con cargo a las obligaciones de hacer, conforme lo establece el artículo 88 del Acuerdo N° 645 de 2016, teniendo en cuenta que el Decreto 1077 de 2015 establece en el artículo 2.3.2.2.1.13. "Actividades del servicio público de aseo". Para efectos de este decreto se consideran como actividades del servicio público de aseo, las siguientes:

1. Recolección
2. Transporte
- 3 Barrido, limpieza de vías o áreas públicas
4. Corte de césped, poda de árboles en las vías y áreas públicas
5. Transferencia
6. Tratamiento
7. Aprovechamiento
8. Disposición Final
9. Lavado de áreas públicas

Las actividades diferentes de las contenidas en las normas legales y reglamentarias, del servicio público de aseo, que la UAESP incluye como obligación de los concesionarios en su área de servicio exclusivo, como, por ejemplo, recolección de residuos de construcción y demolición, recolección domiciliaria ocasional, recolección de llantas y operativos de limpieza de puntos críticos, no serán verificadas por parte de esta comisión en tal sentido, se solicita excluirlas del modelo financiero objeto de revisión en el marco de la presente actuación administrativa".

Que lo anterior fue verificado por esta Comisión en la Resolución CRA 786 de 2017, y, por lo tanto, la prueba no es pertinente, conducente ni útil.

Que en lo que tiene que ver con la solicitud de cotizaciones, la misma se considera no útil e impertinente teniendo en cuenta que los análisis de costos requeridos para verificar la viabilidad financiera del esquema de áreas de servicio exclusivo, mediante el recaudo probatorio requerido ya fue aportado y analizado previo a la expedición de la Resolución CRA 786 de 2017.

Que en cuanto a las pruebas solicitadas por SANDRA CIFUENTES CARRILLO, las mismas fueron nuevamente valoradas en sede de recurso, encontrando como resultado que al igual que se decidió en el Auto 004 de 2017, las mismas se consideran improcedentes, inconducentes e inútiles, pues luego de estudiar el asunto no sólo se ratificó lo decidido en el citado Auto, sobre la impertinencia, inconducencia e inutilidad de tales pruebas, sino que además no es posible

jurídicamente hacer valer por medio de un recurso de reposición, pruebas que la Administración rechazó en oportunidad anterior.

Que, en consecuencia, las pruebas solicitadas no son conducentes, pertinentes ni útiles, razón por la cual serán negadas".

Que mediante radicados CRA 20172110023231, 20172110023241, 20172110023251, 20172110023261, 20172110023271, 20172110023281, 20172110023301, 20172110023311 y 20172110023321 del 15 de mayo de 2017, se comunicó a la UAESP y a los terceros interesados el contenido de la Resolución.

Que una vez revisados los argumentos expuestos en los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución 786 de 2017, se observa en los escritos que hay argumentos que guardan unidad de materia, razón por la cual se procederá a analizar y resolver los mismos agrupándolos por ejes temáticos, así: i) Falsa motivación del acto administrativo y nulidad; ii) debido proceso, iii) actuación administrativa, iv) competencia v) observaciones de los terceros, vi) reserva legal, vii) carácter indispensable de la ASE, viii) exhortos de la Corte Constitucional, ix) actividades bolsa 2.

Que en primer lugar se hará referencia a los argumentos de falsa motivación en el marco de la pretensión de nulidad del acto administrativo, alegados por Sandra Cifuentes Carrillo y Ciudad Limpia S. A. E.S.P. respectivamente.

Que en lo que respecta a la nulidad del acto administrativo, como consecuencia de una eventual constatación de falsa motivación, la misma se debe tramitar como una acción jurisdiccional contenida en el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - CPACA, y el cual establece que: *"Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general (...)."*

Que la Corte Constitucional mediante sentencia C - 259 de 2015, al estudiar la demanda de inconstitucionalidad del artículo 137 del CPACA, manifestó: *"Por ende, la acción de simple nulidad, procede contra todos los actos administrativos, generales y particulares, cuando la pretensión es únicamente la de tutelar el orden jurídico. Si lo que persigue el demandante es la reparación de los daños antijurídicos causados, lo que cabe es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho."* Se evidencia que se habla de demandante, es decir la parte que instaura una demanda para la protección de un derecho, por lo tanto, se reitera que en sede administrativa no podrá alegarse esta causal.

Que el Consejo de Estado, Sección Primera¹ ha sostenido que *"la falsa motivación del acto ocurre cuando: Se presenta inexistencia de fundamentos de hecho o de derecho en la manifestación de voluntad de la Administración Pública - Los supuestos de hecho esgrimidos en el acto son contrarios a la realidad, bien sea por error o por razones engañosas o simuladas - Porque el autor del acto le ha dado a los motivos de hecho o de derecho un alcance que no tienen - Porque los motivos que sirven de fundamento al acto no justifiquen la decisión"*, sin embargo, dichos argumentos deben alegarse en sede contenciosa.

Que se reitera que a pesar de que la falsa motivación no puede ser desatada en sede administrativa, en el desarrollo de esta Resolución se desvirtuará uno a uno los argumentos presentados por la recurrente Sandra Carrillo Cifuentes que pretenden sustentar dicha causal.

Que si bien la declaratoria de nulidad es de reserva del Juez y que la falsa motivación es una de sus causales, se entrarán a estudiar los argumentos de inconformidad, con el fin legítimo y constitucional de evidenciar que la decisión contenida en la Resolución CRA 786 de 2017 se ajustó en su totalidad al ordenamiento jurídico.

Que la Resolución CRA 786 de 2017 está debidamente fundamentada en derecho, que se expidió con estricta sujeción a la Constitución Política de 1991 y a la normatividad vigente. De igual forma, para su expedición se dio aplicación a la competencia legal de esta entidad consagrada en el artículo 40 de la Ley 142 de 1994, a la Resolución CRA 151 de 2001 en lo referente a los requisitos que deben cumplirse para que esta entidad verifique la existencia de motivos para la inclusión de áreas de servicio exclusivo, al término regulatorio especial de 40 días para decidir una vez se tenga completa la información, así como respetando el debido proceso, el derecho a la defensa y a la contradicción.

Que la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, motivó la Resolución CRA 786 de 2017 en los supuestos normativos existentes y en las hipótesis probadas, en desarrollo de la actuación administrativa.

2. RESPECTO DEL DEBIDO PROCESO.

2.1 El alcance del derecho al debido proceso en materia administrativa.

¹ Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia 25000232400020080026501, abr. 14/16, (C.P. María Claudia Rojas Lasso)

Que el derecho constitucional al debido proceso en materia de actuaciones administrativas ha tenido un importante desarrollo en materia legal y jurisprudencial, configurando unas pautas que deben ser tenidas en cuenta para entrar a valorar la violación que argumentan los recurrentes.

Que en reciente sentencia de la Honorable Corte Constitucional, en la cual se decidió la demanda que acusaba la inconstitucionalidad del aparte del artículo 40 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, según el cual "...Contra el acto que decida la solicitud de pruebas no proceden recursos...", la Corporación realizó las siguientes precisiones sobre el debido proceso en materia administrativa:

"(...) Una de las notas más destacadas de la Constitución Política de 1991 es la extensión de las garantías propias del debido proceso a las actuaciones administrativas. Ello demuestra la intención constituyente de establecer un orden normativo en el que el ejercicio de las funciones públicas se encuentra sujeto a límites destinados a asegurar la eficacia y protección de la persona, mediante el respeto por sus derechos fundamentales. El Estado Constitucional de Derecho es, desde esta perspectiva, un conjunto de garantías de esos derechos, al tiempo que las normas que determinan la estructura del Estado y sus instituciones deben interpretarse en función de esas garantías.

(...) La extensión de las garantías del debido proceso al ámbito administrativo no implica, sin embargo, que su alcance sea idéntico en la administración de justicia y en el ejercicio de la función pública. A pesar de la importancia que tiene para el orden constitucional la vigencia del debido proceso en todos los escenarios en los que el ciudadano puede ver afectados sus derechos por actuaciones públicas (sin importar de qué rama provienen), es necesario que la interpretación de las garantías que lo componen tome en consideración los principios que caracterizan cada escenario, así como las diferencias que existen entre ellos.

En relación con el debido proceso administrativo, debe recordarse que su función es la de permitir un desarrollo adecuado de la función pública, persiguiendo el interés general y sin desconocer los derechos fundamentales, bajo los principios orientadores del artículo 209 de la Carta Política. Ello explica, como lo ha señalado la Corte, que el debido proceso administrativo deba armonizar los mandatos del artículo 29 Superior con los principios del artículo 209, ibídem Y, en términos concretos, que las garantías deban aplicarse asegurando también la eficacia, celeridad, economía e imparcialidad en la función pública.

(...) En este sentido ha indicado que 'Mientras el primero busca la resolución de conflictos de orden jurídico, o la defensa de la supremacía constitucional o del principio de legalidad, el segundo tiene por objeto el cumplimiento de la función administrativa en beneficio del interés general. Esta dualidad de fines hace que el procedimiento administrativo sea, en general, más ágil, rápido y flexible que el judicial, habida cuenta de la necesaria intervención de la Administración en diversas esferas de la vida social que requieren de una eficaz y oportuna prestación de la función pública. No obstante, paralelamente a esta finalidad particular que persigue cada uno de los procedimientos, ambos deben estructurarse como un sistema de garantías de los derechos de los administrados, particularmente de las garantías que conforman el debido proceso (C 341-2014)'.

Que con base en los apartes transcritos, es evidente que el máximo organismo de la jurisdicción constitucional ha establecido claramente que el derecho al debido proceso en materia administrativa debe compatibilizarse con los mandatos del artículo 209 de la Constitución Política, razón por la cual el legislador del año 2011 no sólo precisó el alcance de este derecho en lo que toca a las actuaciones administrativas, cuando estableció su alcance en el numeral 1 del artículo 3 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –CPACA-, sino que además estableció el alcance de otros principios que deben informar las actuaciones administrativas, entre los cuales destacamos el numeral 11. ibídem relativo al principio de eficacia, por ser relevante para el análisis de los recursos propuestos. Veamos el tenor literal de las normas citadas:

"1. En virtud del principio del debido proceso, las actuaciones administrativas se adelantarán de conformidad con las normas de procedimiento y competencia establecidas en la Constitución y la ley, con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción.

En materia administrativa sancionatoria, se observarán adicionalmente los principios de legalidad de las faltas y de las sanciones, de presunción de inocencia, de no reformatio in pejus y non bis in ídem.

(...) 11. En virtud del principio de eficacia, las autoridades buscarán que los procedimientos logren su finalidad y, para el efecto, removerán de oficio los obstáculos puramente formales, evitarán decisiones inhibitorias, dilaciones o retardos y sanearán, de acuerdo con este Código las irregularidades procedimentales que se presenten, en procura de la efectividad del derecho material objeto de la actuación administrativa."

Que como puede observarse con los apartes citados, en materia administrativa el derecho al debido proceso se materializa en garantizar los derechos de representación, defensa y contradicción, pero no es el único principio a tener en cuenta, pues además de garantizar tales derechos, la ley impone a la autoridad administrativa el deber de, en procura de la efectividad del derecho material objeto de la actuación administrativa, hacer cuanto esté a su alcance para evitar decisiones inhibitorias o dilatorias.

Que en esta medida, la presente actuación administrativa se ha desarrollado ajustada a los parámetros constitucionales y legales, bajo los cuales se estructura el derecho fundamental del debido proceso, tal como se pasa a exponer a continuación:

2.2 Trámite de la actuación administrativa.

Que **Ciudad Limpia S.A. E.S.P.** aduce que existe "NULIDAD DE LA RESOLUCIÓN POR VICIOS PROCEDIMIENTO: La CRA incurrió en varios vicios de procedimiento que afectan la validez de la Resolución por infracción de las normas en las que debe fundarse.", argumentando dicha afirmación con lo siguiente:

"(...) Teniendo en cuenta este recuento de actuaciones, de manera general puede señalarse que, hasta la expedición de la Resolución, la Actuación Administrativa incurrió en una evidente infracción de las normas de procedimiento administrativo en las que debe fundarse, lo que afecta su validez, según se explica en el presente recurso. (...)".

"La CRA expidió la Resolución objeto de este recurso por fuera del término establecido en la Resolución CRA 151 de 2001."

Que dado el argumento presentado por el recurrente, se procederá a explicar el procedimiento que se adelantó en desarrollo de la actuación administrativa, esto es, desde el momento de la presentación de la solicitud hasta la expedición de la Resolución CRA 786 de 2017, "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 Distrito Capital para las actividades de comercialización, recolección, transporte, barrido y limpieza de vías y áreas públicas, corte de césped, poda de árboles, lavado de áreas públicas, instalación y mantenimiento de cestas".

Que mediante comunicaciones CRA 2016-321-004301-2 de 20 de junio de 2016 y CRA 2016-321-004349-2 de 21 de junio de 2016, la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos de Bogotá – UAESP, presentó ante esta Comisión de Regulación solicitud de "verificación de motivos para la implementación de Áreas de Servicio Exclusivo y la consecuente celebración de contratos de concesión, en que se incluyan las cláusulas correspondientes, para la prestación del servicio de aseo en Bogotá D.C.", que incluye las actividades de comercialización, recolección, transporte, barrido y limpieza de vías y áreas públicas, corte de césped, poda de árboles, lavado de áreas públicas e instalación y mantenimiento de cestas., y adjuntó la siguiente información:

1. Plano correspondiente de las áreas que se establecerían como exclusivas en el Distrito Capital.
2. Definición del número de usuarios de menores ingresos a los cuales se extendería el servicio, de acuerdo con la estratificación adoptada por el Distrito.
3. Estudio técnico y económico que sustenta la extensión de la cobertura en la prestación del servicio a los estratos de menores ingresos.
4. Monto presupuestado que sustenta 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 el otorgamiento de las áreas de servicio exclusivo se obtiene directamente o indirectamente, el aumento de cobertura a dichos usuarios, sin desmejorar la calidad del servicio.
5. Copia del pliego de condiciones de la licitación y sus anexos correspondientes.
6. Reglamento Técnico y Operativo y la Minuta del Contrato.

Que el artículo 13 de CPACA, modificado por la Ley 1755 de 2015, reza:

"Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades, en los términos señalados en este código, por motivos de interés general o particular, y a obtener pronta resolución completa y de fondo sobre la misma.

Toda actuación que inicie cualquier persona ante las autoridades implica el ejercicio del derecho de petición consagrado en el artículo 23 de la Constitución Política, sin que sea necesario invocarlo. Mediante él, entre otras actuaciones, se podrá solicitar: el reconocimiento de un derecho, la intervención de una entidad o funcionario, la resolución de una situación jurídica, la prestación de un servicio, requerir información, consultar, examinar y requerir copias de documentos, formular consultas, quejas, denuncias y reclamos e interponer recursos (...)"

Que en virtud del artículo 14 del CPACA, modificado por la Ley 1755 de 2015, la Unidad Administrativa Especial Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico - CRA le informó a la UAESP mediante radicado

CRA 2016-321-003538-1 de 30 de junio de 2016, que "Teniendo en cuenta que esta Comisión de Regulación requiere efectuar un mayor análisis de los requisitos que debe contener la solicitud, y someter a consideración del comité de expertos tal análisis, le informamos que dicho trámite demandara veinte (20) días hábiles adicionales al término inicial señalado por la Ley."

Que la solicitud de los 20 días hábiles adicionales, se hizo con el sustento legal que otorga el parágrafo del artículo 14 del CPACA el cual reza: "Parágrafo. Cuando excepcionalmente no fuere posible resolver la petición en los plazos aquí señalados, la autoridad debe informar esta circunstancia al interesado, antes del vencimiento del término señalado en la ley expresando los motivos de la demora y señalando a la vez el plazo razonable en que se resolverá o dará respuesta, que no podrá exceder del doble del inicialmente previsto."

Que el artículo 2 del CPACA, señala "Las normas de esta Parte Primera del Código se aplican a todos los organismos y entidades que conforman las ramas del poder público en sus distintos órdenes, sectores y niveles, a los órganos autónomos e independientes del Estado y a los particulares, cuando cumplan funciones administrativas. A todos ellos se les dará el nombre de autoridades. (...) Las autoridades sujetarán sus actuaciones a los procedimientos que se establecen en este Código, sin perjuicio de los procedimientos regulados en leyes especiales. En lo no previsto en los mismos se aplicarán las disposiciones de este Código."

Que la Resolución CRA 151 de 2001, consagra en el parágrafo del artículo 1.3.7.7 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".

Que de acuerdo con lo anterior, a la actuación administrativa de verificación de motivos para la inclusión de cláusulas de áreas de servicio exclusivo para la prestación del servicio público de aseo, le son aplicables las normas especiales y en lo no previsto en ellas el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Que una vez revisado el escrito contentivo de la solicitud inicial, así como la información aportada con la misma, en Comité de Expertos Ordinario N° 29 de 1 de agosto de 2016, previo al inicio de la actuación administrativa, se decidió efectuar un requerimiento de información en los términos del artículo 17 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA.

Que dicho requerimiento se efectuó mediante radicado CRA 2016-211-004474-1 de 3 de agosto de 2016, el cual fue comunicado a la UAESP el 4 de agosto de 2016, es decir, se realizó dentro de los términos legales que establece el CPACA.

Que con radicados CRA 2016-321-005680-2 de 19 de agosto de 2016 y CRA 2016-321-005754-2 de 22 de agosto de 2016, la Directora General de la UAESP, dentro del término otorgado, dio respuesta al requerimiento efectuado, cumpliendo así con el requisito formal del envío de la información, conforme con lo previsto en los artículos 17 indicado y 1.3.7.7 de la Resolución CRA 151 de 2001.

Que el Comité de Expertos en sesión ordinaria N° 33 de 31 de agosto de 2016, habiéndose aportado los documentos listados en el artículo 1.3.7.7 de la Resolución CRA 151 de 2001, requeridos en virtud del artículo 17 del CPACA, decidió dar inicio a la actuación administrativa mediante Auto 001 de 31 de agosto del mismo año, el cual fue comunicado a la Directora General de la UAESP, a quienes fueron reconocidos como terceros interesados dentro de la actuación administrativa, al Personero Distrital y a los Vocales de Control del Distrito Capital que se encuentran registrados ante la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

Que cuando la UAE CRA hace mención a la recepción de los documentos, se refiere a la radicación de los documentos necesarios para dar inicio al estudio y evaluación de los mismos, y en caso de ser necesario, como lo fue en la presente actuación administrativa, decretar pruebas, solicitar aclaraciones y sustentación de la información aportada.

Que mediante Auto 002 de 14 de septiembre de 2016, se decretó la práctica de unas pruebas dentro de la actuación administrativa, en virtud del cual se ordenó a la UAESP explicar y sustentar, elementos que surgen a partir de la valoración y análisis de la información aportada, para lo cual se estableció un término de 20 días hábiles.

Que habiéndose recibido la información allegada y habiéndose iniciado la actuación administrativa, con los autos de pruebas la UAE CRA no requirió a la UAESP para que acreditara requisitos formales. Con la actuación probatoria se ordenó sustentar y explicar la documentación aportada, para tener los elementos de juicio necesarios para tomar una decisión de fondo.

Que la verificación de la existencia de los motivos para que una entidad territorial pueda incluir cláusulas de una o varias áreas de servicio exclusivo en los contratos respectivos, presupone el desarrollo de una actuación administrativa, en la que se determine la viabilidad técnica, financiera, económica y social del área o áreas de servicio exclusivo a otorgar. Para esto, se requiere de un estudio juicioso y complejo que se basa en un análisis

integral que amerita establecer con certeza cada una de las condiciones exigidas.

Que todo lo mencionado se encuentra fundamentado en los principios consagrados en la Constitución Política y especialmente en los principios de economía procesal y celeridad, en virtud de los cuales las autoridades deberán proceder con austeridad y eficiencia, optimizar el uso del tiempo y los demás recursos, procurando el más alto nivel de calidad en sus actuaciones y la protección de los derechos de las personas, así como el impulso oficioso de los procedimientos a fin de que estos se adelanten con diligencia, dentro de los términos legales y sin dilaciones injustificadas.

Que la verificación que se hace en el momento en que el interesado aporta la documentación requerida en virtud de la solicitud del artículo 17 del CPACA, elevada por esta UAE CRA, es previa al inicio de la actuación administrativa y no implica el análisis de fondo de la misma ni de los soportes presentados; razón por la cual no afecta la posibilidad de que cuando considere que se requiere la práctica de pruebas útiles, conducentes y pertinentes pueda acudir a la aplicación del artículo 40 del CPACA. Tampoco implica el inicio de la contabilización del plazo de los 40 días para tomar la decisión de fondo, previsto en el artículo 1.3.7.7. de la Resolución CRA 151 de 2001, en razón a que la entidad no ha podido realizar la valoración requerida y el análisis de la documentación e información aportada, para efectos de determinar técnica, operativa, financiera y jurídicamente si ya se cuenta con los elementos de juicio para la toma de la decisión referida.

Que lo anterior, se reitera, se encuentra fundamentado en el principio de economía procesal, el cual consiste principalmente en conseguir el mayor resultado con el mínimo de actividad de la Administración, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 13 del CPACA, así como en los principios de la función administrativa y del procedimiento administrativo, fijados en el artículo 209 de la Constitución Política de 1991 y el 3 de la Ley 1437 de 2011, en especial, el de eficacia.

Que por lo expuesto, el argumento no tiene vocación de prosperar.

Que el mismo recurrente (**Ciudad Limpia S.A E.S.P.**), en cuanto al argumento señalado en el numeral 1.2 del escrito contentivo del recurso: "La CRA solicitó a la Uaes p información por fuera de los términos establecidos en el Artículo 17 del CPACA", manifiesta:

"(...) En otras palabras, lo que la CRA en realidad hizo fue, so pretexto de abrir a pruebas la Actuación Administrativa, formular una nueva solicitud de información, contrario a lo establecido por el Artículo 17 del CPACA, sustituido por la Ley 1755 de 2011, que le otorga un plazo a la entidad pública de 10 días siguientes contados a partir de la fecha de radicación de la solicitud inicial para solicitar información adicional, al paso que al administrado le otorga un plazo máximo de un mes para suministrarla, so pena de decretarse el desistimiento de la solicitud. (...).

Por estas razones, está más que probado que la CRA desatendió lo establecido por el Artículo 17 del CPACA al extender en forma contraria a la ley el plazo que tenía para decidir la Actuación Administrativa, al solicitarle a la Uaes p completar la información necesaria para adoptar una decisión de fondo, por fuera del plazo establecido en la norma, pues los requerimientos se realizaron una vez vencido el plazo legal de los 10 días, a pesar de que la norma no establece ninguna excepción para el cumplimiento de este término. Además, la CRA utilizó el período probatorio para permitir que se completara la información no entregada con la solicitud inicial y que hace parte de los requisitos mínimos establecidos en el Artículo 1.3.7.7. de la Resolución CRA 151 de 2001. El deber ser es que la Uaes p debió haber respondido cuando atendió el primer y único requerimiento de información que le debió haber efectuado la CRA."

Que **Ciudad Limpia S.A E.S.P.**, manifiesta en el recurso, en el numeral 1.2 que la UAE CRA debía decidir con la información que había allegado la UAESP con la respuesta al requerimiento efectuado con base en el artículo 17 del CPACA, y que los autos de "pruebas no contienen una solicitud de pruebas propiamente dicha, porque lo que realmente hace la CRA es solicitarle a la UAESP que informe y/o aclare algunos aspectos"; en el mismo sentido se expresa **Sandra Cifuentes Carrillo** al afirmar que:

"Tal y como se advierte de manera expresa en la Resolución CRA 786 de 2017, la solicitud inicial de verificación de motivos para la conformación de ASE, fue radicada en la entidad los días 20 y 21 de junio de 2016, dándose inicio a la actuación administrativa mediante auto No. 001 de 31 de agosto de 2016, y posteriormente, se decretaron pruebas, mediante Auto No. 002 de 14 de septiembre de 2016 y Auto No. 003 de 2016, doble decreto probatorio, que resulta irregular pues, consistía en estricto sentido a un decreto de pruebas, sino en el otorgamiento, en doble oportunidad que falencias de la petición, que no debieron ser tratadas como pruebas, como estudiaremos más adelante, teniendo en cuenta que se estaba ante una petición incompleta. (...).

VIOLACIÓN DEL DEBIDO PROCESO POR DECRETO Y PRACTICA IRREGULAR DE PRUEBAS.

(...) Tal y como se observa, los autos proferidos por la CRA No. 002, 003 y 005 no son actos administrativos de carácter probatorio, pues no obedecen a ningún medio de prueba en concreto, según los medios aceptados por el C.G.P., sino que se trata de la solicitud de aclaraciones a la UAESP en relación con la petición presentada, tanto la inicial, como su modificatoria; no obstante dichas actuaciones procesales no eran controvertibles en el momento de ser proferidas por expresa prohibición del artículo 40 de la Ley 1437 de 2011, lo que no obsta para que las irregularidades incurridas en dichos autos, en cuanto constituyen una vulneración del debido proceso, puedan ser reprochadas por vía del presente recurso, dada la incidencia que tienen sobre la decisión final."

Que en cuanto al argumento traído a colación por la recurrente Sandra Cifuentes Carrillo, respecto de la violación al debido proceso y práctica irregular de pruebas, la honorable Corte Constitucional expuso: *"en el ámbito de las actuaciones administrativas, el derecho al debido proceso hace referencia al comportamiento que deben observar las autoridades públicas en el ejercicio de sus funciones, en cuanto éstas se encuentran obligadas a "actuar conforme a los procedimientos previamente establecidos en la ley, con el fin de garantizar los derechos de quienes puedan resultar afectados por las decisiones de la administración que crean, modifican o extinguen un derecho o imponen una obligación o una sanción" 5.5. En el propósito de asegurar la defensa de los administrados, la jurisprudencia ha señalado que hacen parte de las garantías del debido proceso administrativo, entre otros, los derechos a: (i) ser oído durante toda la actuación, (ii) a la notificación oportuna y de conformidad con la ley, (iii) a que la actuación se surta sin dilaciones injustificadas, (iv) a que se permita la participación en la actuación desde su inicio hasta su culminación, (v) a que la actuación se adelante por autoridad competente y con el pleno respeto de las formas propias previstas en el ordenamiento jurídico, (vi) a gozar de la presunción de inocencia, (vii) al ejercicio del derecho de defensa y contradicción, (viii) a solicitar, aportar y controvertir pruebas, y (ix) a impugnar las decisiones y a promover la nulidad de aquellas obtenidas con violación del debido proceso"*².

Que teniendo en cuenta la jurisprudencia anterior, consta en el expediente que la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, actuó conforme a la Ley y a la regulación, respetó el debido proceso y actuó de manera garantista no sólo con el solicitante sino con los terceros interesados reconocidos en el proceso, estudió y analizó todas las observaciones presentadas en el transcurso de la actuación por los terceros y el peticionario, notificó conforme con la ley. Así mismo, que la decisión se adoptó dentro de los 40 días contados a partir de que la información se tuvo completa para tomar la decisión de fondo, que la actuación se adelantó por esta entidad conforme con la competencia que le otorga la Ley 142 de 1994 en su artículo 40, se garantizó en todo momento el derecho de defensa y contradicción, se permitió el aporte de pruebas durante su trámite y se respetó y se concedió el término legal para interponer recursos.

Que por lo tanto, la CRA actuó conforme a las competencias legales otorgadas de manera general en los artículos 73 y 74 de la Ley 142 de 1994, y en especial la conferida por el artículo 40 ibidem, así como aplicando las disposiciones regulatorias establecidas en la Resolución CRA 151 de 2001, y el procedimiento previsto en el CPACA.

Que habiéndose respetado el derecho al debido proceso, es evidente que los recurrentes (Ciudad Limpia S.A E.S.P. y Sandra Cifuentes Carrillo) pretenden hacer ver que únicamente con los documentos aportados con la respuesta al requerimiento de información que se efectúa con base en el artículo 17 del CPACA, la Comisión cuenta con todos los elementos para la toma de una decisión de fondo. De ser ello así, en desarrollo no solo de esta, sino de otro tipo de actuaciones administrativas, no se podría dar aplicación al artículo 40 del CPACA, que permite a la Administración antes de tomar una decisión de fondo, aportar, pedir y practicar pruebas de oficio o a petición del interesado sin requisitos especiales.

Que fue precisamente el sustento legal consagrado en dicho artículo 40 del CPACA en el que se soportó la expedición de los autos de pruebas, por medio de los cuales se pidieron, sustentos, explicaciones y aclaraciones a la UAESP sobre puntos específicos de los documentos presentados en la respuesta al requerimiento del artículo 17 del CPACA, ya que nunca se desconoció que la información formal presentada con ocasión del requerimiento se hiciera en tiempo, pero no por ello la Administración no requería decretar la práctica de pruebas de oficio que permitieran verificar y constatar lo aportado frente a las exigencias de la Resolución CRA 151 de 2001, como se plasmó en el contenido de los autos de pruebas proferidos por esta entidad, y de los cuales se sustrae que la información allegada por la UAESP en cumplimiento de los mismos, sí permite verificar lo aportado en la solicitud inicial y su complemento según el artículo 17 del CPACA.

Que en relación con la pertinencia, utilidad y conducencia de las pruebas, el máximo órgano de la jurisdicción contenciosa administrativa, en la Sentencia No. 25001-23-27-000-2007-00105-02(18093), con ponencia del Consejero, Dr. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, señaló:

"Las pruebas deben ceñirse al asunto materia del proceso y el juez rechazará in limine las legalmente prohibidas o ineficaces, las que versen sobre hechos notoriamente impertinentes y las

² Corte Constitucional, sentencia C-980 de 2010.

manifiestamente superfluas". De la última norma se infiere que para determinar si procede el decreto de las pruebas propuestas por las partes, el juez debe analizar si éstas cumplen con los requisitos de pertinencia, conducencia, utilidad y legalidad. Por esencia, la prueba judicial es un acto procesal que permite llevar al juez al convencimiento de los hechos que son materia u objeto del proceso. Desde el punto de vista objetivo, las pruebas deben cumplir con los requisitos de conducencia, pertinencia, utilidad y legalidad. La conducencia consiste en que el medio probatorio propuesto sea adecuado para demostrar el hecho. La pertinencia, por su parte, se fundamenta en que el hecho a demostrar tenga relación con los demás hechos que interesan al proceso. La utilidad, a su turno, radica en que el hecho que se pretende demostrar con la prueba no debe estar ya demostrado con otro medio probatorio."

Que los autos de pruebas que emitió la entidad tenían sustento jurídico y era indispensable preferirlos, para contar con todos los elementos y argumentos para la toma de una decisión de fondo, para lo cual es menester hacer referencia a lo que se debe probar. Al respecto, Rocha Alvira³, manifiesta "(...) en ultimas lo que se prueba es una afirmación, porque el hecho hay que afirmarlo con razones y las razones no pueden estar montadas en el aire sino partiendo de hechos sensibles que constituyen el fundamento de la razón." Y fue precisamente esto lo que pretendió la UAE CRA en sus autos de pruebas, para que la UAESP explicara y sustentara las afirmaciones y datos presentados en el requerimiento de información que se hiciera en la oportunidad legal.

Que de la misma manera, Jaime Orlando Santofimio Gamboa, sobre la necesidad de la prueba manifiesta: "(...) el principio de la necesidad de la prueba se refiere al imperio de que los hechos sobre los cuales debe fundarse la decisión judicial (administrativa) están demostrados por pruebas aportadas al proceso por cualquiera de los interesados o por el juez si este tiene facultades", y para el caso particular, esta entidad tiene plenas facultades legales para solicitar pruebas durante la actuación administrativa hasta antes de que se profiera la decisión de fondo, sin que se pueda delimitar en un solo acto o de manera preclusiva. No se puede coartar la potestad probatoria que tienen tanto la entidad como las partes dentro de la actuación administrativa.

Que el Auto 002 de 14 de septiembre de 2016, otorgó a la UAESP 20 días hábiles contados a partir del recibo de la comunicación del mismo para cumplir con lo solicitado; el recibo de la comunicación se efectuó el 15 de septiembre de 2016, es decir, la fecha límite para la respuesta era el 13 de octubre del mismo año. En dicho Auto se solicitó informar y/o aclarar lo siguiente:

"a) Respecto de la respuesta al requerimiento de información relacionada con "Soporten que el monto de los recursos de la prestación del servicio público de aseo en el esquema de libre competencia en la ciudad de Bogotá, no son suficientes para extender la cobertura a los usuarios de menores ingresos en el mediano y largo plazo"

En el Anexo 1 remitido en su comunicación se presentan dos carpetas nombradas: "Escenario Descreme Agosto" y "Modelo Financiero ASE Agosto", la primera contiene 4 archivos de Excel así: "Suscriptores Producción", "Tarifas", "Capex Opex Aseo" y "Bolsa". La segunda carpeta contiene los mismos cuatro archivos más uno adicional "Modelo Financiero". Es indispensable para hacer una correcta evaluación del requisito exigido por esta Comisión, que la UAESP remita un documento explicativo del modelo (en Word o pdf), que soporte los modelos allegados teniendo en cuenta los siguientes aspectos:

- ¿Cuál es la carpeta y el nombre del archivo que contienen el modelo de libre competencia en el Anexo 1 que prueba que los recursos no son suficientes en el mediano y largo plazo?
- Explicar y sustentar los criterios y soportes utilizados para el año base y para proyectar las variables técnicas del modelo de libre competencia, entre éstas, la distribución por zona de las siguientes variables de entrada:
 - Suscriptores por área de prestación
 - Costos de poda de árboles
 - Metros cuadrados de corte de césped
 - Metros cuadrados de lavado de áreas públicas
 - Longitud de barrido de vías y áreas públicas
 - Cantidad de cestas objeto de mantenimiento
 - Distancia desde el centroide al sitio de disposición final
 - Promedio de toneladas recolectadas y transportadas en el APS del servicio z de la persona prestadora j.

Además, explique y sustente las razones por las cuales el modelo de libre competencia del año base tiene 5 áreas de prestación de servicio, mientras que la prestación actual del servicio en el Distrito de Bogotá D.C. sólo tiene 2 prestadores reportados en el SUI (EAB y Ciudad Limpia).

³ De la prueba en Derecho, pág. 22, editorial, Biblioteca Jurídica Dike.

- Explicar y sustentar a partir de los resultados del modelo de libre competencia, cómo se evidencia que los recursos no son suficientes en un horizonte de mediano y largo plazo para extender la prestación del servicio a los estratos de menores ingresos (Artículo 1.3.7.6. de la Resolución CRA 151 de 2001), en particular en lo relacionado con el balance de subsidios y contribuciones.
- Explicar y sustentar la razón por la cual no se están tomando los datos del PGIRS remitidos en el anexo que acompaña el Decreto Distrital 227 de 2016, para las siguientes variables:
 - Kilómetros de barrido
 - Cestas previamente instaladas
 - Metros cuadrados de césped
 - Metros cuadrados de lavado de áreas públicas
 - Toneladas recogidas y transportadas
 - Toneladas de Barrido y Limpieza
 - Porcentaje de Toneladas de Recolección y Transporte objeto de Aprovechamiento
- Explicar y sustentar la razón por la cual, en el cálculo del costo de limpieza urbana, se está tomando el promedio de m² de corte de césped y m² de lavado de áreas públicas como el promedio mensual del semestre inmediatamente anterior y no los datos asociados al periodo de facturación, como lo indica el artículo 15 de la Resolución CRA 720 de 2015.
- Explicar y sustentar los supuestos y metodología que se están empleando para la realización de las proyecciones de los índices, que permiten la actualización de los precios techo resultantes de la metodología tarifaria contenida en la Resolución CRA 720 de 2015.
- Explicar y sustentar la razón por la cual se está empleando, para la actualización de los costos que componen el Costo de Limpieza Urbana (CLUS), el Índice de Precios al Consumidor (IPC) (Hoja CFT, columna EA-EL fila 37, 57, 67) y no el Salario Mínimo Mensual Legal Vigente (SMMLV), como lo establece el artículo 37 de la Resolución CRA 720 de 2015.
- Explicar y sustentar la razón por la cual, para la actualización del Costo de Recolección y Transporte (CRT) se fijó la celda DU24 de la Hoja Índices correspondiente al mes de julio de 2014, si de acuerdo con lo definido en el artículo 24 de la Resolución CRA 720 de 2015 los precios se encuentran expresados a diciembre de 2014.
- Explicar y sustentar la razón por la cual, para la actualización del Costo de Disposición Final (CDF) se fijó la celda DY26 de la Hoja Índices correspondiente al mes de noviembre de 2014, si de acuerdo con lo definido en el artículo 28 de la Resolución CRA 720 de 2015 los precios se encuentran expresados a diciembre de 2014.
- Explicar y sustentar la razón por la cual, para la actualización del Costo de Disposición Final (CDF) correspondiente al mes de diciembre de 2015 se está empleando la siguiente variación de índices:

Abril de 2015 (Hoja Índices, celda ED26)

Noviembre de 2014 (Hoja Índices, celda DY26)

- Explicar y sustentar la inconsistencia existente en la información respecto del costo de posclausura, dado que si bien, la normatividad vigente prevé dicho costo y en la respuesta al requerimiento manifiestan haberlo incluido, en el anexo 1 del modelo de libre competencia de Excel (Hoja CVNA, filas 142, 143, 144, 145 y 146), no se evidencia la inclusión de dicho costo para el tratamiento de lixiviados.
- Explicar y sustentar la razón por la cual, el volumen de tratamiento de lixiviados (VL) se deja constante durante toda la vigencia del esquema de ASE (Hoja CVNA, fila 161).
- Explicar y sustentar la razón por la cual, para la ponderación que permite la estimación del Valor Base de Remuneración del Aprovechamiento (VBA), se dejaron fijas las toneladas QRTj (Hoja VBA, filas 20, 21, 22, 23 y 24).
- Explicar y sustentar la razón por la cual, las toneladas de residuos por suscriptor (TRBL, TRLU, TRRA, TRA) se están estimando de manera mensual y no con el promedio mensual del semestre inmediatamente anterior.
- Remitir las fuentes de la información del número de viviendas, número de hogares y las

proyecciones pertinentes, dado que en el archivo "Escenario desceme Agosto", Hoja "proyección residenciales" archivo "suscriptores producción", Celda M199 y subsiguientes se observa que la proyección de usuarios 2016 en adelante, incluye las variables mencionadas.

b) Respecto de la respuesta al requerimiento de información relacionada con "Estudios técnicos y económicos que sustenten la extensión de la cobertura a los estratos de menores ingresos (Modelos de Áreas de servicio Exclusivo)".

Una vez revisados los archivos de Excel remitidos mediante Radicados CRA 2016-321-005680-2 de 19 de agosto de 2016 y 2016-321-005754-2 de 22 de agosto de 2016, se requiere lo siguiente:

1. Calculo del centroide

- Explicar y sustentar la metodología de cálculo utilizada para la estimación del centroide y las diferencias que se presentan con lo establecido en el artículo 9 de la Resolución CRA 720 de 2015.

2. Costos de la prestación del servicio en el área rural

- Explicar y sustentar cuáles son las actividades y sus respectivas frecuencias, que se van a prestar en cada una de las zonas rurales definidas en el esquema de áreas de servicio exclusivo.
- Explicar, sustentar y soportar cómo se incluyen en el modelo "Capex Opex Aseo" del Anexo 8 remitido en la respuesta al requerimiento, los costos reales en los que incurrirían los prestadores de recolección y transporte de residuos no aprovechables al prestar el servicio público de aseo en las zonas rurales, teniendo en cuenta sus características particulares.
- Explicar y sustentar cuál será la tarifa a cobrar a los suscriptores rurales, de acuerdo con las actividades a realizar y cómo se incluye dicha tarifa en el modelo "Tarifas" del Anexo 8.

3. Supuestos, condiciones y Parámetros archivo de Excel "Suscriptores Producción"

- Explicar y sustentar la razón por la cual se presenta una diferencia en la hoja "Resumen Proyección Usuarios", debido a que los datos de las celdas F501 a K501 generan un promedio de 2.506.945 suscriptores para los meses de julio a diciembre de 2015, que coincide con los datos del PGIRS y la Interventoría. Sin embargo, en las celdas F1000 a K1000 el promedio de los datos da como resultado 2.506.679 suscriptores para el mismo periodo de tiempo.

4. Proyecciones

- Explicar, sustentar y anexar el documento que soporte el cálculo de proyección de población por localidades, toda vez que en el estudio referenciado, "Análisis del entorno institucional y de política pública, así como de la evolución de la generación el consumo de agua y de las inversiones de acueducto y alcantarillado (...)" Edgar Sardi (2014), no se encuentra la información relacionada con la población por localidades usada como fuente de la hoja de Excel: "población" contenida en el archivo "1. Suscriptores-Producción" del Modelo Financiero ASE del Anexo 8.

5. Supuestos, condiciones y Parámetros archivo de Excel "Tarifas"

- Explicar y sustentar la razón por la cual no se están tomando las toneladas objeto de aprovechamiento del PGIRS establecidas en el artículo 1 del Decreto 568 de 2015 que modifica el artículo 8 del Decreto 548 de 2015 así: "Como acción afirmativa de implementación del PGIRS, la población recicladora de oficio debidamente identificada, tendrá exclusividad como operadora en la prestación del servicio público domiciliario de Aseo en Bogotá D.C., en lo que corresponde a la prestación de los servicios de recolección segregada, transporte, clasificación y pesaje de los materiales potencialmente reciclables de origen domiciliario. Materiales que actualmente representan en promedio entre el 13% y 15% del total de producción de residuos sólidos de la ciudad, porcentaje que debe incrementarse de acuerdo con las metas del PGIRS" y en su lugar se emplea un porcentaje del 5% sustentado en el "Proyecto de Plan de Desarrollo 2016-2020 Bogotá mejor para todos".
- Explicar y sustentar la razón por la cual, no se están tomando los datos del PGIRS para el año base remitidos en el anexo que acompaña el Decreto Distrital 227 de 2016, para las siguientes variables:

- Kilómetros de barrido

- Cestas instaladas
 - Metros cuadrados de césped
 - Metros cuadrados de lavado de áreas públicas
 - Toneladas recogidas y transportadas
 - Toneladas de Barrido y Limpieza.
- Explicar y sustentar la razón por la cual, en el cálculo del costo de limpieza urbana se está tomando el promedio de m^2 de corte de césped y m^2 de lavado de áreas públicas como el promedio mensual del semestre inmediatamente anterior y no los datos asociados al periodo de facturación como lo indica el artículo 15 de la Resolución CRA 720 de 2015.
 - Explicar y sustentar los supuestos que se están empleando para la realización de las proyecciones de los índices, que permiten la actualización de los precios techo, resultantes de la metodología tarifaria contenida en la Resolución CRA 720 de 2015.
 - Explicar y sustentar la razón por la cual, se está empleando para la actualización de los costos que componen el Costo de Limpieza Urbana (CLUS) el Índice de Precios al Consumidor (IPC) (Hoja CFT, columna EA-EL fila 37, 57, 67) y no el Salario Mínimo Mensual Legal Vigente (SMMLV) como lo establece el artículo 37 de la Resolución CRA 720 de 2015.
 - Explicar y sustentar la razón por la cual, para la actualización del Costo de Recolección y Transporte (CRT) se fijó la celda DU24 de la Hoja índices correspondiente al mes de julio de 2014, si de acuerdo con lo definido en el artículo 24 de la Resolución CRA 720 de 2015 los precios se encuentran expresados a diciembre de 2014.
 - Explicar y sustentar la razón por la cual, para la actualización del Costo de Disposición Final (CDF) se fijó la celda DY26 de la Hoja Índices correspondiente al mes de noviembre de 2014, si de acuerdo con lo definido en el artículo 28 de la Resolución CRA 720 de 2015 los precios se encuentran expresados a diciembre de 2014.
 - Explicar y sustentar la razón por la cual, para la actualización del Costo de Disposición Final (CDF) correspondiente al mes de diciembre de 2015 se está empleando la siguiente variación de índices:

Abril de 2015 (Hoja Índices, celda ED26)
Noviembre de 2014 (Hoja Índices, celda DY26)

- Remitir el soporte del promedio mensual del semestre inmediatamente anterior de los residuos sólidos QRS (definidos en el artículo 28 de la Resolución CRA 720 de 2015) que se reciben en el sitio de disposición final empleados en el modelo "Tarifas", debido a que en el Anexo 7 remitido en la respuesta al requerimiento de información, estas toneladas no se encuentra anexas.
 - Explicar y sustentar la inconsistencia existente en la información respecto del costo de posclausura, dado que si bien, la normatividad vigente prevé dicho costo y en la respuesta al requerimiento manifiestan haberlo incluido, en el anexo 8 del modelo de Excel (Hoja CVNA, filas 142, 143, 144, 145 y 146), no se evidencia la inclusión de dicho costo para el tratamiento de lixiviados.
 - Explicar y sustentar la razón por la cual, el volumen de tratamiento de lixiviados (VL) se deja constante durante toda la vigencia del esquema de ASE (Hoja CVNA, fila 161)
 - Explicar la razón por la cual, para la ponderación que permite la estimación del Valor Base de Remuneración del Aprovechamiento (VBA), se dejaron fijas las toneladas QRTj (Hoja VBA, filas 20, 21, 22, 23 y 24).
 - Explicar y sustentar la razón por la cual, las toneladas de residuos por suscriptor (TRBL, TRLU, TRRA, TRA de la Hoja Q, filas 488, 489, 490 y 491) se están estimando de manera mensual y no con el promedio mensual del semestre inmediatamente anterior.
 - Explicar y sustentar si en la actualidad existe alguna relación contractual que no permita la aplicación de la metodología tarifaria contenida en la Resolución CRA 720 de 2015, para efectos del costo de disposición final y tratamiento de lixiviados.
6. Supuestos, condiciones y Parámetros archivo de Excel "Capex-Opex Aseo".
- Explicar y sustentar la razón por la cual, se presentan diferencias entre el modelo "Capex-Opex Aseo" y el modelo "tarifas" para las siguientes variables:

- Número de cestas a instalar
- Toneladas de corte de césped
- Toneladas de limpieza urbana
- Toneladas a recoger

- Explicar y sustentar cuáles son los costos de los contenedores, chip de llenado de contenedores, chip de llenado de las cestas, GPS de contenedores, GPS de cestas, contenedores para suscriptores multiusuarios, equipo para aspirar puentes peatonales de transmilenio, Software y hardware mencionados en el documento "Anexo_Técnico_TI_Concesionarios" y que no fueron incluidos en el modelo "Capex-Opex Aseo).

- Explicar y sustentar cuáles serán las fuentes de financiación para los equipos y actividades mencionadas en el punto anterior y que en el documento de respuesta al requerimiento se indica: "serán asumidos con cargo a las obligaciones de hacer, conforme lo establece el artículo 88 del Acuerdo N° 645 de 2016".

- Explicar y demostrar que con la inclusión de los costos a los que se hace referencia en el punto anterior, en el modelo financiero, el esquema de áreas de servicio exclusivo sigue siendo viable financieramente.

- Explicar, sustentar y remitir el cálculo y los costos de los kilómetros de barrido y limpieza afectado por el número de frecuencias adicionales establecidos en el proyecto de pliego, numeral 18.1.4 Barrido y limpieza de vías y áreas públicas, en donde se indica: "La frecuencia mínima de barrido y limpieza del área de prestación a cargo del prestador será de tres (3) veces por semana para los sectores residenciales. Para los sectores industriales, comerciales turísticos y de alta confluencia de público, la frecuencia de barrido se realizará de mínimo de (2) veces por día. (...) La frecuencia de esta ciudad en el centro histórico e internacional y demás zonas de interés turístico y social de la ciudad que considere la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos será de mínimo tres (3) veces por día."

- Teniendo en cuenta que el Decreto 1077 de 2015 establece en el artículo 2.3.2.2.1.13. "Actividades del servicio público de aseo. Para efectos de este decreto se consideran como actividades del servicio público de aseo, las siguientes:
 1. Recolección.
 2. Transporte.
 3. Barrido, limpieza de vías y áreas públicas.
 4. Corte de césped, poda de árboles en las vías y áreas públicas.
 5. Transferencia.
 6. Tratamiento.
 7. Aprovechamiento
 8. Disposición final.
 9. Lavado de áreas públicas."

Las actividades diferentes de las contenidas en las normas legales y reglamentarias, del servicio público de aseo, que la UAESP incluye como obligación de los concesionarios en su área de servicio exclusivo, como por ejemplo, recolección de residuos de construcción y demolición, recolección domiciliaria ocasional, recolección de llantas y operativos de limpieza de puntos críticos, no serán verificadas por parte de esta Comisión y en tal sentido, se solicita excluirlas del modelo financiero objeto de revisión en el marco de la presente actuación administrativa.

7. Reglamento comercial y financiero

Explicar y sustentar de qué forma se incluyen en el Reglamento Comercial Financiero, las responsabilidades expresas para las personas prestadoras de la actividad de recolección y transporte de residuos no aprovechables, definidos en el Decreto 1077 de 2015 adicionado y modificado por el Decreto 596 de 2016, así:

- Vinculación a su catastro de usuarios, de la base de usuarios entregada por las personas prestadoras de la actividad de aprovechamiento, según el artículo 2.3.2.5.2.4.2, incluyendo la identificación de las macrorrutas de recolección de residuos aprovechables beneficiarias del incentivo a la separación en la fuente DINC de acuerdo con el artículo 2.3.2.5.2.2.4.

- Traslado de los recursos de la facturación del servicio público de aseo, correspondientes a la actividad de aprovechamiento a la persona prestadora de la actividad de aprovechamiento, en los

términos del artículo 2.3.2.5.2.3.4.

- *Conformación del Comité de Conciliación de Cuentas, en concordancia con el artículo 2.3.2.5.2.3.6*
- *Recibo y atención de peticiones, quejas y recursos, según lo definido en los artículos 2.3.2.5.2.4.3 y 2.3.2.5.2.4.4*
- *Reporte de información para el cálculo de la remuneración vía tarifa de la actividad de aprovechamiento al Sistema Único de Información SUI, de acuerdo con el Artículo 8 de la Resolución 276 de 2016."*

Que la UAESP, mediante comunicación con radicado CRA 2016-321-007645-2 de 13 de octubre de 2016 dio respuesta al Auto 002 de 2016, emitido dentro de la actuación administrativa de verificación de motivos de áreas de servicio exclusivo.

Que adicionalmente, mediante la comunicación con radicado CRA 2016-321-008597-2 de 10 de noviembre de 2016, la Directora General de la UAESP dio alcance a la respuesta al Auto de Pruebas 002 de 2016.

Que mediante el Auto 03 de 21 de diciembre de 2016, la CRA solicitó a la UAESP, respecto a la documentación que obra dentro del expediente y allegada a la CRA a través de radicado CRA 2016-321-009531-2 del 9 de diciembre de 2016, lo siguiente: "Cómo garantiza el Distrito Capital el cumplimiento de lo establecido en el artículo 1.3.7.7 de la Resolución 151 de 2005, literal d. "Monto presupuestado de los recursos a los que se refiere el literal a del artículo anterior"."

Que frente a esto, mediante radicado CRA 2016-321-010212-2 del 30 de diciembre de 2016 la UAESP envió soportes e informó que: "(...) Por otra parte, con base en los déficit proyectados en el modelo y las proyecciones que se tienen de ingresos de los recursos del Sistema General de Participaciones para Agua Potable y Saneamiento básico, así como las proyecciones realizadas respecto de las necesidades de los servicios de acueducto y alcantarillado, es posible afirmar que existen recursos disponibles para cubrir el posible déficit que se presentaría en el servicio de aseo, tal como se presenta en el archivo "Modelación cubrimiento de déficit ASE-SGP.xls" y de cual se extraen las siguientes tablas de fuentes de uso (...)"

Que, como se puede observar de los autos 2 y 3 antes transcritos en lo respectivo, los mismos eran necesarios expedirlos, en la medida en que la UAE-CRA requería que la UAESP sustentará y aclarará aspectos relacionados con la estructuración del modelo financiero y operativo, que en el marco de una actuación administrativa especialmente compleja como es el trámite de verificación de motivos para una ASE, es más que propio dada la magnitud del acervo probatorio que debe sustentar, como se muestra en la tabla siguiente:

RADICADO	FECHA	ASUNTO	FOLIOS	Anexos
2016-321-004349-2	22/06/2016	Solicitud de verificación de motivos – Áreas de Servicio Exclusivo	84	3 USB
2016-321-005754-2	22/08/2017	Respuesta a requerimiento de información	75	4USB
2016-321-007645-2	13/10/2016	Respuesta al Auto 002 de 2016	208	1 USB
2016-321-008597-2	10/11/2016	Alcance a la Respuesta al Auto 002 de 2016	124	1 USB
2016-321-009531-2	9/12/2016	información adicional	417	1USB

Que dicho lo anterior, en lo que respecta al cumplimiento de los términos, la simple afirmación de su incumplimiento y su eventual constatación no suponen una vulneración al debido proceso. Al respecto la Corte Constitucional en sentencia T- 297 de 2006 señaló los supuestos que se deben tener en cuenta para considerar que la mora judicial o administrativa, supone la vulneración del debido proceso, en la decisión de un trámite por las autoridades judiciales y administrativas, así:

"No obstante, lo anterior, para establecer si la mora en la decisión oportuna de las autoridades es violatoria de derechos fundamentales, es preciso acudir a un análisis sobre la razonabilidad del plazo y establecer el carácter injustificado en el incumplimiento de los términos. De esta manera, "puede afirmarse que, de conformidad con la doctrina sentada por esta Corporación, la mora judicial o administrativa que configura vulneración del derecho fundamental al debido proceso se caracteriza por: (i) el incumplimiento de los términos señalados en la ley para adelantar alguna actuación por parte del funcionario competente; (ii) que la mora desborde el concepto de

plazo razonable que involucra análisis sobre la complejidad del asunto, la actividad procesal del interesado, la conducta de la autoridad competente y el análisis global de procedimiento; (iii) la falta de motivo o justificación razonable en la demora."

Que adicionalmente, mediante la comunicación con radicado CRA 2016-321-008597-2 de 10 de noviembre de 2016, la Directora General de la UAESP dio alcance a la respuesta al Auto de Pruebas 002 de 2016.

Que mediante radicado CRA 2016-321-00951-2 de 9 de diciembre de 2016, la Directora General de la UAESP dio un segundo alcance a la respuesta inicial de 13 de octubre de 2016.

Que con el radicado CRA 2016-321-00951-2 de 9 de diciembre de 2016, la UAESP explicó y sustentó los parámetros, criterios y supuestos del modelo financiero relacionados, entre otros, con los suscriptores, los costos y cantidad de las actividades de limpieza urbana, las toneladas recolectadas y transportadas, las inconsistencias en el cálculo del tratamiento de lixiviados, el cálculo de Valor Base de Aprovechamiento y sus toneladas; elementos de juicio indispensables para poder tomar una decisión de fondo esto es, verificar o no la existencia de motivos para la inclusión de las áreas de servicio exclusivo, bajo los parámetros previstos por los artículos 1.3.7.6 y 1.3.7.7 de la Resolución CRA 151 de 2001. Así mismo, en esa fecha se tuvieron elementos para poder verificar la concordancia del proyecto de pliego de condiciones, minuta del contrato y los Reglamentos técnico-operativo y comercial y financiero.

Que por lo tanto, la Resolución CRA 786 de 2017, se expidió dentro del plazo normativamente previsto y no por fuera del mismo como lo aduce la recurrente.

Que dado lo anterior, el argumento no tiene vocación de prosperar.

Que **Ciudad Limpia S.A. E.S.P.** argumenta que "La CRA omitió la obligación legal de declarar desistida la solicitud de la Uaesp al no haber sido atendido en forma íntegra a su requerimiento de información del 3 de agosto de 2016: La CRA omitió decretar el desistimiento de la solicitud de la Uaesp cuando evidenció que no estaba completa la respuesta dada por la Uaesp mediante radicados CRA 2016-321-005680-2 de 19 de agosto de 2016 y 2016-321-005754-2 de 22 de agosto de 2016."

Que aunque respecto de este argumento, la entidad se refirió con anterioridad, se debe hacer claridad en que la información recibida con los radicados CRA 2016-321-005680-2 de 19 de agosto de 2016 y 2016-321-005754-2 de 22 de agosto de 2016, como resultado del requerimiento de información realizado se cumplieron los requisitos que exige la Resolución CRA 151 de 2001, y dentro de la oportunidad procesal, con lo cual se debe descartar la configuración del desistimiento. No obstante se insiste que en el marco de la actuación probatoria la UAESP presentó sustentación y aclaración que permitió a la entidad acreditar, verificar y confirmar los datos presentados por la solicitante.

Que dado lo anterior, no era legalmente posible aplicar la figura del desistimiento a la que se refiere el artículo 17 de CPACA, toda vez que como se ha venido exponiendo, se cumplió con la respuesta oportuna al requerimiento, y para que la Administración pudiera declarar ocurrido el desistimiento tácito, se requería que en el término de un mes el solicitante no hubiera aportado lo requerido.

Que sobre el desistimiento el recurrente afirma que:

"Sobre el particular es clara la equivocación de la CRA al considerar, en la página 9 de la Resolución, que el desistimiento debe ser declarado expresamente por el peticionario, toda vez que el Artículo 17 del CPACA en ninguno de sus apartes lo establece así expresamente. Por el contrario, el artículo establece una obligación a cargo de la entidad consistente en que una vez vencidos los términos, sin que se haya cumplido el requerimiento, "decretará el desistimiento y el archivo del expediente".

(...) Adicionalmente, la CRA señala que la modificación de una solicitud o su desistimiento exigen una "declaración expresa de la voluntad del peticionario o también tácita" (Subrayado fuera del texto). En consecuencia, la CRA acepta inicialmente, de acuerdo con lo dispuesto en la ley, que la consecuencia puede ser una declaración tácita, pero a continuación señala que la Administración no puede deducirla de la valoración que haga de los medios probatorios", lo cual desconoce abiertamente el concepto del desistimiento tácito y la obligación legal de declararlo en la actuación administrativa que nos ocupa".

Que sobre el particular señaló la CRA en la resolución recurrida, en la página 9 tal y como lo refiere **Ciudad Limpia S.A. E.S.P.**: "Que en el evento en que en el trámite de la actuación administrativa el peticionario allegue nueva información al expediente, ya sea por solicitud de un auto de pruebas o por voluntad del solicitante y la misma difiera de la inicialmente presentada, debe considerarse que la modificación, total o parcial, de una solicitud y/o su desistimiento, exigen de una declaración expresa de la voluntad del peticionario o también tácita, y en

consecuencia, la Administración no puede deducirla de la valoración que haga de los medios probatorios."

Que no le es dable a la Administración declarar el desistimiento cuando los documentos requeridos son aportados oportunamente.

Que dado lo anterior, el argumento no tiene vocación de prosperar.

Que la recurrente **Sandra Cifuentes Carrillo**, también argumenta: "VIOLACION DEL DEBIDO PROCESO POR INDEBIDA E INSUFICIENTE VALORACIÓN PROBATORIA TENDIENTE A DEMOSTRAR LA INEXISTENCIA DE MOTIVOS PARA LA IMPLEMENTACIÓN DEL ESQUEMA DE ASE EN LA CIUDAD DE BOGOTA", y lo fundamenta de la siguiente manera:

"(...)veo claramente que más allá de mencionar que se niega la solicitud de una prueba solicitada por mí basada exclusivamente en la petición y pruebas allegadas y solicitadas por la UAESP, desestimando de facto y sin motivación alguna, los argumentos, pedidos y decretos probatorios de terceros, lo que se evidencia en cuanto no se hace referencia ninguna ni discernimiento alguno sobre las varias preocupaciones que se reflejaron en las comunicaciones presentadas, de tal manera que nuevamente se trasciben en la relación de hechos del recurso, con la expectativa que por lo menos a través de este mecanismo sean revisadas nuevamente y valoradas como debieron serlo en su momento."

"(...) Con lo anterior, la CRA violó la prohibición contenida en el numeral 14 del Artículo 9 de la Ley 1437 de 2011, de "no practicar oportunamente las pruebas decretadas o denegar sin justa causa las solicitadas".

Que respecto de este argumento, la CRA mediante Auto 004 de 9 de febrero de 2017, señaló que la señora Sandra Cifuentes Carrillo en su calidad de tercera interesada reconocida en la actuación administrativa, remitió a esta entidad mediante radicado CRA 2017-321-001106-2 de 3 de febrero de 2017, algunas observaciones, adjuntó los siguientes documentos "DIAGNOSTICO MANEJO DE RESIDUOS SOLIDOS RURALES, LOCALIDAD DE SUMAPAZ", elaborado por la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos, Alcaldía Mayor de Bogotá, agosto de 2009, Informe recolección y transporte residuos sólidos — Contrato Obra No. 36 de 2014, realizado por EDGAR HENRY SOLER para la Supervisión del contrato de la Alcaldía Local de Sumapaz y solicitó la práctica de pruebas.

Que en lo referente a las observaciones presentadas, se le informó que las mismas serían estudiadas por parte de esta entidad, y se pronunciaría sobre ellas en la decisión de fondo que le corresponde tomar, y en cuanto a los documentos allegados, que los mismos serían incorporados al expediente de la actuación y analizados.

Que la Resolución CRA 786 de 2017, tuvo en cuenta y analizó el contenido de las observaciones planteadas por el tercero interesado, pues las mismas y los documentos allegados guardan relación directa con el contenido de la parte motiva de la resolución recurrida; razón por la cual no es dable alegar que haya existido violación alguna.

Que en cuanto a las pruebas solicitadas por la recurrente, el mismo Auto 004 de 2017, en su numeral 2, motiva suficientemente la justificación por la cual las mismas fueron rechazadas, pues se consideró que "en consecuencia, las pruebas solicitadas no cumplen objetivamente con los requisitos de conducencia, pertinencia ni utilidad para la decisión de fondo que en derecho debe adoptar el regulador, dentro de esta actuación administrativa.", por cuanto lo que se pretendía probar dentro de la actuación administrativa, no es uno de los presupuestos normativos que debe verificar el regulador. En tal medida, no corresponde a ninguno de los hechos materia de esta actuación, por lo tanto, tampoco materia de prueba dentro de la misma. Al respecto, de manera expresa, se consideró:

"Que las pruebas solicitadas por la señora Cifuentes Carrillo, fueron consideradas en su totalidad en el marco del siguiente análisis:

1. **Pruebas documentales: Documento "DIAGNÓSTICO MANEJO DE RESIDUOS SOLIDOS RURALES, LOCALIDAD DE SUMAPAZ", elaborado por la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos, Alcaldía Mayor de Bogotá, agosto de 2009 e informe recolección y transporte residuos sólidos — Contrato Obra No. 36 de 2014, realizado por EDGAR HENRY SOLER para la Supervisión del contrato de la Alcaldía Local de Sumapaz.**

Que al respecto, estos documentos serán incorporados al expediente, y los mismos serán valorados para la toma de la decisión de fondo.

2. **Oficios a las empresas Aseo Capital S.A. E.S.P., Aguas de Bogotá S.A. E.S.P., Lime S.A. E.S.P. y Ciudad Limpia S.A. E.S.P.**

☒ Que las condiciones que esta Comisión de Regulación debe verificar para efectos de considerar la

existencia de motivos para la inclusión de cláusulas de áreas de servicio exclusivo en los contratos para la prestación de un servicio público, están previstas en la Ley 142 de 1994 y la Resolución CRA 151 de 2001.

Que al respecto, el literal a) del artículo 1.3.7.6 de la Resolución CRA 151 de 2001, dispone: "Los contratos que incluyan cláusulas sobre áreas de servicio exclusivo sólo podrán celebrarse siempre que el representante legal de la entidad territorial competente demuestre: 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; (...)".

Que en desarrollo del literal transcrito, en el artículo 1.3.7.7, literal d), se exige como uno de los requisitos de la solicitud de verificación de motivos para el otorgamiento de ASE, el "monto presupuestado de los recursos a los que se refiere el literal a) del artículo anterior".

Que de acuerdo con lo expuesto, la exigencia del regulador frente a que deba probarse la insuficiencia de recursos en un horizonte de mediano y largo plazo para extender la cobertura que se pretende mediante un esquema de ASE, corresponde al balance de subsidios y contribuciones a cargo del ente territorial, quien es no sólo el garante de la prestación del servicio, sino el único habilitado para presentar la solicitud de verificación de motivos. Por lo que los recursos que puedan poseer los prestadores que actualmente prestan el servicio no son relevantes para definir mediante qué esquema debe prestarse el servicio.

Que en tal medida, lo que se pretende probar mediante estos oficios: "Para que en calidad de prestadores u operadores del servicio de aseo, según corresponda, se sirvan informar a la CRA, si cuentan con disponibilidad técnica, operativa, administrativa, financiera para garantizar la prestación del servicio de aseo en la localidad de Sumapaz, y si dicha disponibilidad, su capacidad instalada y recursos de la tarifa que se percibe en cada zona de prestación, permitirían garantizar dicho servicio en el mediano y largo plazo", no resulta útil, ni pertinente ni conducente, dentro de esta actuación administrativa, dado que, dicha disponibilidad no es uno de los presupuestos normativos que debe verificar el regulador. En tal medida, no corresponde a ninguno de los hechos materia de esta actuación, por lo tanto, tampoco materia de prueba dentro de la misma.

Que respecto de la pertinencia, utilidad y conducencia de las pruebas, el Consejo de Estado, en la Sentencia No. 25001-23-27-000-2007-00105-02(18093), con ponencia del Consejero, Dr. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, dispuso:

"El artículo 178 del C. de P.C. dispone: "Las pruebas deben ceñirse al asunto materia del proceso y el juez rechazará in limine las legalmente prohibidas o ineficaces, las que versen sobre hechos notoriamente impertinentes y las manifiestamente superfluas". De la última norma se infiere que para determinar si procede el decreto de las pruebas propuestas por las partes, el juez debe analizar si éstas cumplen con los requisitos de pertinencia, conducencia, utilidad y legalidad. Por esencia, la prueba judicial es un acto procesal que permite llevar al juez al convencimiento de los hechos que son materia u objeto del proceso. Desde el punto de vista objetivo, las pruebas deben cumplir con los requisitos de conducencia, pertinencia, utilidad y legalidad. La conducencia consiste en que el medio probatorio propuesto sea adecuado para demostrar el hecho. La pertinencia, por su parte, se fundamenta en que el hecho a demostrar tenga relación con los demás hechos que interesan al proceso. La utilidad, a su turno, radica en que el hecho que se pretende demostrar con la prueba no debe estar ya demostrado con otro medio probatorio."

Que, en consecuencia, las pruebas solicitadas no cumplen objetivamente con los requisitos de conducencia, pertinencia ni utilidad para la decisión de fondo que en derecho debe adoptar el regulador, dentro de esta actuación administrativa."

Que sobre la potestad que tiene la autoridad competente de rechazar las pruebas cuando las mismas carezcan de utilidad para servir de soporte para la toma de la decisión de fondo, la H. Corte Constitucional en la Sentencia T-1395-00 del 17 de octubre de 2000, con ponencia del Dr. Antonio Barrera Carbonell, manifestó:

"(...) 2.5. La autoridad titular de la competencia no necesariamente esta obligada a decretar y a practicar todas las pruebas solicitadas, sino las que sean pertinentes y conducentes para garantizar el derecho de defensa y el logro de la finalidad perseguida con la actuación administrativa. Por lo tanto, podrá negar la práctica de pruebas, cuando ellas carezcan de la aptitud o de la utilidad necesarias para que puedan servir de soporte a la adopción de la correspondiente decisión. (...)"

Que por lo expuesto, el argumento no está llamado a prosperar.

Que en lo que tiene que ver con los demás argumentos aducidos por los recurrentes, se señala:

Ciudad Limpia S.A. E.S.P.

"La CRA permitió que la Uaesp modificara sustancialmente durante el transcurso de la Actuación Administrativa la solicitud presentada inicialmente por la Uaesp".

"La Uaesp al dar respuesta al Auto 002 de 2016 reorganizó o reestructuró las áreas de servicio exclusivo que el Distrito Capital pretende implementar para la prestación del servicio de aseo, con lo cual modificó sustancialmente su solicitud inicial."

Sandra Cifuentes Carrillo.

"VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO POR HABERSE ADMITIDO UNA SUSTITUCIÓN INTEGRAL DE LA PETICIÓN INICIAL POR LA ENTIDAD SOLICITANTE".

*"De dicha justificación (oficio del 9 de noviembre de 2016) se puede concluir, que la UAESP a pesar de señalar que siguen siendo 5 las áreas de servicio exclusivo y que solamente reasigno las localidades por motivos de reacomodación de los metrajes a tener en cuenta para los servicios particularmente de barrido de andenes, puentes calles etc., es a todas luces evidente que **SÍ MODIFICO** su conformación, y que ésta nueva conformación más allá de lo que pretende la UAESP presentar como justificación y que la CRA aceptó como tal, tiene un impacto directo en la conformación de dichas áreas y de la prestación del servicio, lo que implica que también tendrá un impacto directo, en el valor que resultarían pagado por los usuarios ya que es claro que cualquier variación del costo que tengan que asumir las E.S.P., será trasladado en la tarifa a los usuarios."*

Que respecto de la recomposición interna de las ASE que presentó **la UAESP**, dentro de la respuesta al Auto 002 de 2016, remitida el 13 de octubre de 2016, con sus respectivos alcances, de las mismas cinco (5) Áreas de Servicio Exclusivo (ASE) presentadas en la solicitud inicial, la UAE CRA, dentro de sus competencias, debe dar un trámite eficiente tal y como lo exige el CPACA, en lo que a procedimiento administrativo se refiere, para garantizar el mayor resultado con el menor desgaste administrativo, buscando dar aplicación a los principios de economía y eficacia procesal y garantizar el acceso efectivo a la Administración, sin dilaciones y demoras injustificadas, cumpliendo así los objetivos que en materia de justicia impone la Constitución Política de 1991.

Que con la información allegada, **la UAESP** señaló:

"La referida reorganización interna geográfica de las localidades de las cinco (5) ASE, no supone una modificación a la estructura del modelo financiero presentado como sustento, el cual continúa dando lugar a la justificación del número y esencia de éstas. La redefinición geográfica de ellas se produjo como consecuencia de la elaboración de los ajustes al Plan de Gestión Integral de Residuos Sólidos - PGIRS para la capital del país; esta situación conllevó a un ajuste de los cálculos kilómetros realizados y presentados en el trámite administrativo que se encuentra en curso, sin que ello modifique las razones que fundamentan la solicitud de verificación de existencia de motivos para el establecimiento de ASE, presentada ante la CRA el pasado 20 de junio de 2016".

Que una vez revisada dicha información, se pudo constatar que:

- El ámbito geográfico y de cobertura de usuarios continuó siendo el mismo.
- Las condiciones con respecto a los recursos disponibles para la extensión de la cobertura, se mantuvieron.
- Se mantienen las condiciones técnicas y de calidad del servicio.
- Que se mantuvieron las mismas actividades del servicio como parte integral del esquema de exclusividad.

Que lo que se evidenció fue una reorganización interna geográfica de las localidades inicialmente incluidas dentro de la solicitud.

Que de acuerdo con lo expresado, los presupuestos esenciales en los que se basó la solicitud inicial se mantuvieron a lo largo de toda la actuación administrativa, en razón a que la reorganización interna de las localidades de las áreas es un medio para lograr las eficiencias del modelo operativo y financiero, y extensión de la cobertura a los usuarios de menores ingresos, y no un fin en sí mismo.

Que por lo tanto, se continuó con el análisis y verificación de los requisitos legales y regulatorios que deben cumplirse por parte de la entidad territorial que solicita la verificación de motivos, sin que ello implicara una nueva solicitud.

Que dado lo anterior, los argumentos de **Sandra Cifuentes Carrillo** y **Ciudad Limpia S.A E.S.P.** no tienen vocación de prosperar.

Que **Ciudad Limpia S.A E.S.P.**, manifiesta: *"Por lo anterior, y teniendo en cuenta expresamente afirmado por la CRA en la Resolución, se puede concluir que: i) Si no consideró que la información estuviera completa antes de recibir la copia del pliego de condiciones, es porque era su obligación verificarlo y no limitarse a advertir que existía una copia de un pliego de condiciones, ii) Si bien la CRA recibió previamente otro borrador de pliego de condiciones, solo el 9 de diciembre de 2016 recibió un ejemplar de pliego que, según ella misma indica, era acorde con la recomposición de las ASE, lo que quiere decir que sí era necesario efectuar una revisión detallada del contenido con el fin de verificar que se ajustara a lo solicitado por la Uaesp, iii) La CRA reconoce que la copia del pliego de condiciones es un requisito establecido de manera taxativa para el proceso de verificación de los motivos para el otorgamiento de las ASE, por lo tanto, y en la medida que la CRA es la entidad competente para darlos por verificados, debe revisar y pronunciarse sobre todos los documentos que hacen parte del estudio a que se refiere el Artículo 1.3.7.7. de la Resolución CRA 151 de 2001."*

Que en relación con el argumento del recurrente, en el que manifiesta que era obligación de esta entidad verificar el pliego de condiciones y no solo advertir que se presentara la copia, se aclara que dentro de los requisitos exigidos en el literal e, numeral 1.3.7.7 de la Resolución CRA 151 de 2001, se encuentra: *"Copia del pliego de condiciones de la licitación y de la minuta del contrato"*.

Que la norma es clara y precisa al estipular que la CRA debe comprobar que con la solicitud se presente copia del pliego de condiciones de la eventual licitación, revisar la consistencia de este con las condiciones presentadas en la solicitud y que sustenten los requisitos para verificar áreas de servicio exclusivo no señala que la Comisión de Regulación tenga la obligación ni la competencia para revisar todos y cada uno de los elementos que conforman el pliego de condiciones. En consecuencia, no le es dable a la Comisión invadir la órbita de la entidad contratante en el sentido de señalarle los elementos o condiciones que debe incluir en sus pliegos para regir una eventual futura relación contractual.

Que en lo que a las condiciones del servicio se refiere la recurrente **Sandra Cifuentes Carrillo** manifiesta que: *"Al comparar los kilómetros mes actuales con los proyectados, se encuentra que estos se incrementaron en un 50%, implica que las zonas atendidas por los operadores privados actuales no han presentado modificación de cantidades en varios años, o bien que el PGIRS no está incluyendo de manera adecuada la información de dichas zonas, por lo que, siendo esta herramienta de planeación distrital del servicio, la fundamental para la estructura económica del mismo, es claro que la información presentada por la UAESP es inconsistente y no es apta para la estructuración de las ASE"*.

Que el Distrito Capital como garante de la prestación del servicio público de aseo a todos sus habitantes, es autónomo en la formulación del PGIRS y las condiciones de prestación del servicio público de aseo en cada una de sus actividades, como lo establece el título 2, capítulo 2, sección 3, artículo 2.3.2.2.3.87 del Decreto 1077 de 2015 y esta Comisión no tiene competencia para pronunciarse sobre lo allí establecido. En el desarrollo de la actuación administrativa, se solicitó a la UAESP como soporte enviar el PGIRS actualizado con base en el cual, estructuró el servicio público de aseo y el modelo financiero del esquema de áreas de servicio exclusivo.

Que con radicado CRA 2016-321-008786 de 16 de noviembre de 2016 la UAESP radicó el Decreto 495 de 11 de noviembre de 2016 *"Por el cual se adopta el plan de gestión integral de residuos sólidos PGIRS del Distrito Capital y se dictan otras disposiciones"*, en el cual se evidencia el ajuste de los kilómetros de barrido de vías y áreas públicas que fue utilizado en el modelo financiero del esquema de áreas de servicio exclusivo.

Que **Ciudad Limpia S.A. E.S.P.** sobre la verificación de los impactos que tiene sobre los modelos financieros y el incremento de IVA en la reforma tributaria expresó lo siguiente:

"Finalmente, dado que la Uaesp presentó los documentos y modelos financieros a la CRA en el año 2016, con anterioridad a la reforma tributaria estructural contenida en la Ley 1819 de 2016 y que la Resolución fue expedida en vigencia de dicha reforma estructural, queda la duda de si la "verificación de motivos" que la CRA afirma haber efectuado consideró o no los impactos derivados de dicha reforma, particularmente en frente del incremento de la tarifa del IVA del 16% al 19%".

Que los modelos presentados y las cotizaciones de equipos que se emplean para la modelación financiera de gastos y costos de las 5 áreas de servicio exclusivo, no tuvieron en cuenta el incremento del IVA del 16% al 19% debido a que se construyeron y presentaron a esta Comisión antes de aprobada la reforma tributaria en el Congreso de la República. En ese orden de ideas, la Comisión verificó el cumplimiento de requisitos de la solicitud con la información y regulación vigente a la presentación de la misma.

Que no obstante lo anterior, como la ley por medio de la cual se incrementó el IVA fue sancionada encontrándose la actuación administrativa en trámite, esta entidad procedió a analizar los efectos de dicho incremento en la

verificación de motivos de las áreas de servicio exclusivo y determinó que los requisitos de la verificación se mantienen, por lo tanto no hay afectación de la decisión de fondo.

Que dado lo anterior, este argumento no tiene vocación de prosperar.

3. Respetto de la competencia.

Que en el escrito contentivo del recurso presentado por **Sandra Cifuentes Carrillo** se hace referencia a lo siguiente:

"FALSA MOTIVACIÓN. - EL ACTO ADMINISTRATIVO DE VERIFICACIÓN DE MOTIVOS PARA LA INCLUSIÓN DE ASE EN EL SERVICIO DE ASEO NO ES MERAMENTE CONSULTIVO, SINO QUE ES UN ACTO ADMINISTRATIVO APROBATORIO CON FUERZA EJECUTIVA".

"Desconoce que las sentencias de tutela, como la T-021 de 2005 no tienen efectos generales sino únicamente interpartes y no constituyen fundamento de derecho aplicable a decisiones o actuaciones de carácter general, sino que dicha motivación allí incluida, al no tener relación directa con el objeto del fallo, ni de la resolución que por este medio se controvierte, sino por tratarse de un mero obiter dicta carece de aptitud jurídica para sustentar la posición de la CRA como simple órgano consultivo, pretendiendo de esta forma, relevarse de un adecuado análisis probatorio, como en efecto le corresponde, o de una verificación integral del esquema presentado, dejando como hemos señalado, la validez y certeza sobre los motivos justificantes del ASE en la UAESP, como entidad solicitante.

Igualmente, desconoce la CRA, que el Consejo de Estado, mediante sentencia con efectos generales y fuente de derecho a título de jurisprudencia, señaló puntualmente a la entidad, que los actos de verificación de motivos de ASE, no son meros conceptos, sino actos administrativos en toda regla, con carácter ejecutivo, tan vinculantes, que de ellos depende la decisión que deban adoptar los Municipios o distritos que los soliciten."

Que lo que tiene que ver con la motivación del argumento que aduce la recurrente Sandra Cifuentes Carrillo, respecto de que la sentencia T-724 de 2003 sólo produce efectos interpartes, esta entidad comparte la afirmación, sin embargo una cosa son los efectos que produce y otra cosa es que la CRA no pueda traerla a colación como criterio auxiliar del derecho, pues la decisión de la providencia judicial guarda relación directa con el objeto de la Resolución CRA 786 de 2017, toda vez que la misma se constituye como un pronunciamiento referente al ASE de Yumbo, y si bien es cierto no se refiere al Distrito Capital, está relacionado con el esquema de áreas de servicio exclusivo en otra región del país a la que le aplica exactamente la misma normatividad que al caso que nos ocupa, por lo tanto dicho fallo, así no produzca efectos generales si está relacionado directamente con el tema materia de esta actuación.

Que respecto de la jurisprudencia del Consejo de Estado que cita la recurrente, le asiste razón en cuanto a que la verificación de motivos para áreas de servicio exclusivo "no desata una mera consulta", y efectivamente así lo entiende la CRA y así lo contempló en la Resolución CRA 786 de 2017, pues en la parte motiva se pronuncia sobre todos y cada uno de los requisitos de conformidad con los artículos 1.3.7.6, 1.3.7.7 y 1.3.7.8 de la Resolución CRA 151 de 2001, la cual fue expedida en desarrollo de la competencia legal atribuida por el artículo 40 de la Ley 142 de 1994, y de esta manera procedió a verificar la existencia de motivos que permitan la inclusión de cláusulas de áreas de servicio exclusivo en los contratos de concesión del servicio público de aseo.

Que en lo referente al argumento de la recurrente de falsa motivación basándolo en que la CRA citó una sentencia de tutela en la que se manifiesta que "el concepto que brinda la CRA a los municipios o Distritos es de carácter consultivo", no es de recibo, por cuanto no se puede descontextualizar la manera como debe comprenderse dicha afirmación, evidentemente la verificación de motivos que realiza la CRA, no desata una mera consulta en el sentido de que no sea vinculante o no produzca efectos jurídicos, o que se le dé tratamiento de acto de trámite. El término es consultivo en el sentido que tal y como lo señala la misma sentencia del Consejo de Estado citada por la recurrente, la cual sostiene que: "Si bien la entidad territorial competente puede en última instancia asignar o no el área, en todos los casos en los que decida dicha asignación deberá hacerlo en las condiciones señaladas por la respectiva Comisión y sólo podrá hacerlo si esta última verifica que se reúnen las condiciones para hacerlo, toda vez que si la comisión llegare a decidir que no están dados los motivos y las condiciones para la asignación del área, la entidad territorial no podrá asignar dicha área y si lo llegare a hacer, contravendría de manera flagrante el precepto legal antes citado.", es decir que la entidad territorial por disposición legal debe acudir a la CRA a consultar si se cumplen o no los requisitos para poder otorgar áreas de servicio exclusivo.

Que en virtud de lo anterior, el argumento no tiene vocación de prosperar.

Que la recurrente **Sandra Cifuentes Carrillo**, alega "FALTA DE COMPETENCIA DE LA CRA PARA RESOLVER SOBRE LAS AREAS DE SERVICIO EXCLUSIVO" y sustenta: "De esta forma, es claro que el artículo 54 de la Ley

1537 de 2012 es la norma vigente y aplicable al otorgamiento de las áreas de servicio exclusivo para la prestación de los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo, y no el artículo 9 de la Ley 632 de 2000 y, conforme el Artículo 66 de la misma norma, modifica el artículo 40 de la Ley 142 de 1994, por principio de especialidad, atendiendo a que se trata de una norma posterior y especial, que tiene prevalencia sobre la norma anterior en aplicación de lo dispuesto en el artículo 2° de la Ley 153 de 1887, aún vigente, según la cual "La ley posterior prevalece sobre la Ley anterior".

Que este argumento se encuentra infundado, toda vez que el artículo 1° de la Ley 1537 de 2012, reza: "La presente ley tiene como objeto señalar las competencias, responsabilidades y funciones de las entidades del orden nacional y territorial, y la confluencia del sector privado en el desarrollo de los proyectos de Vivienda de Interés Social y proyectos de Vivienda de Interés Prioritario destinados a las familias de menores recursos, la promoción del desarrollo territorial, así como incentivar el sistema especializado de financiación de vivienda."

Que el artículo 54 de la mencionada disposición legal establece que:

"Artículo 54. Áreas de servicio exclusivo. Por motivos de interés social, y con el propósito de garantizar el acceso efectivo a los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo, el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, podrá otorgar y/o asignar áreas de servicio exclusivo para el suministro de tales servicios, en las áreas urbanas y rurales, la cual será definida por el Ministerio, en los términos y condiciones que establezca el Gobierno Nacional".

Que de lo anterior se infiere que no sólo la mencionada ley tiene un objetivo específico, sino que las áreas de servicio exclusivo a las que la misma se refiere cuentan con un propósito sustancialmente diferente al señalado por el artículo 40 de la Ley 142 de 1994,

Que el artículo 40 de la Ley 142 de 1994, es la norma que otorga competencia a la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico para verificar las condiciones de Áreas de Servicio Exclusivo para la presente actuación administrativa. El hecho que la Ley 1537 de 2012 establezca otras ASE específicas, que deberán ser reglamentadas por el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, no implica que haya desaparecido del ordenamiento jurídico la figura de ASE prevista por el Artículo 40 de la Ley 142 de 1994. Como consecuencia de ello no se puede entender que esta Comisión de Regulación perdió competencia para efectuar la verificación de motivos contenida en la solicitud elevada por la UAESP.

Que en este sentido se pronunció el Consejo de Estado en la sentencia de la Sección Tercera, Exp. 888-AP, de agosto 13 de 2008, M.P. Ruth Stella Correa Palacio:

"Como una situación de excepción al esquema general de competencia en el mercado de los servicios públicos implantado desde la Constitución, la ley permitió la constitución de las denominadas Áreas de Servicio Exclusivo-ASE, por cuya virtud el legislador autorizó la concesión por parte de los alcaldes de un servicio, siempre que se reúnan las estrictas condiciones de aplicación de esta figura. En efecto, el artículo 40 de la Ley 142 de 1994, por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios, prescribe: "Artículo 40. Áreas de Servicio exclusivo." (...) Tal y como ya lo ha señalado la jurisprudencia, de la lectura del texto legal transcrito se tiene que las áreas de servicio exclusivo-ASE son una figura excepcional en cuanto entrañan la concesión del servicio, esto es, que ninguna otra empresa de servicios públicos pueda ofrecer los mismos servicios en la misma área durante un tiempo determinado. De ahí que la disposición en cita, cuya constitucionalidad no es materia de este juicio, imponga las siguientes rigurosas condiciones de aplicación: i) Sólo podrá tener lugar por motivos de interés social y con el propósito de extender la cobertura a los usuarios pobres; ii) La competencia para fijarlas es de la autoridad o autoridades territoriales competentes; iii) Supone la celebración de un contrato en el que se precisará el espacio geográfico en el cual se prestará el servicio concesionado en exclusividad, los niveles de calidad que debe asegurar y demás obligaciones en torno a la prestación del servicio. iv) La Comisión Reguladora respectiva debe definir por vía general cómo se verifica la existencia de los motivos que permiten la inclusión de áreas de servicio exclusivo en este tipo de contratos, los lineamientos generales y las condiciones a las cuales deben someterse; metodología que fue establecida para el sector de acueducto y saneamiento básico en la Resolución CRA 151 de 2001, Sección 1.3.7. v) El proceso de adjudicación del contrato de concesión de áreas de servicio exclusivo se debe adelantar previa licitación que asegure concurrencia de oferentes (competencia por el mercado); vi) El ente regulador competente deberá verificar, antes de la apertura de la licitación, que las ASE son indispensables para asegurar la viabilidad financiera de la extensión de la cobertura a las personas de menores ingresos".

~~Que~~ dado lo anterior, este argumento no tiene vocación de prosperar.

a. Verificación de motivos.

Que en desarrollo del artículo 40 de la Ley 142 de 1994, la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, en las Resoluciones CRA 11 de 1996 y CRA 115 de 1999, incorporadas hoy en el Título I, Capítulo 3, Sección 1.3.7 de la Resolución CRA 151 de 2001, señaló las condiciones para la verificación de los motivos que permitan otorgar Áreas de Servicio Exclusivo en la prestación de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo.

Que en ese sentido, el artículo 1.3.7.6. de la resolución en comento, establece que los contratos que incluyan cláusulas sobre áreas de servicio exclusivo, sólo podrán celebrarse siempre y cuando el representante legal de la entidad territorial competente demuestre 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; y
- La organización de un área de servicio exclusivo produciría economías que permitirían, con los recursos disponibles, llevar o subsidiar el servicio a dichos usuarios.

Que por su parte, el artículo 1.3.7.7 ibidem señala que para verificar el cumplimiento de estas condiciones, las entidades territoriales 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 de 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 dicho estudio deberá contener, por lo menos: a) plano correspondiente al área o áreas que se establecerían como de servicio exclusivo; b) definición del número de usuarios de menores ingresos a los cuales se extendería el servicio, de acuerdo con la estratificación adoptada por el municipio; c) estudios técnicos y económicos que sustenten la extensión de la cobertura a los estratos de menores ingresos; d) monto presupuestado de los recursos a los que se refiere el literal a) del artículo 1.3.7.6; e) copia del pliego de condiciones de la licitación y de la minuta del contrato; f) financiación global del servicio.

Que la competencia de la Comisión se limita a realizar la verificación de motivos que permitan la inclusión de cláusulas de áreas de servicio exclusivo, en los contratos para la prestación del servicio público de aseo en el Distrito Capital, en los términos señalados en la normatividad expuesta.

Que esta Comisión de Regulación dentro de la atribución normativa de verificación de motivos, realiza una revisión y específicamente constata y verifica si se cumplen los requisitos y condiciones exigidas en las disposiciones que regulan la materia. Sin embargo, quien tiene la competencia para definir el esquema mediante el cual se prestará el servicio público de aseo, es el ente territorial competente, así como, las actividades que se mantendrán en libre competencia, o las que serán incluidas en áreas de servicio exclusivo.

4. Observaciones de los Terceros Interesados en el trámite de la actuación administrativa.

Que otra inconformidad manifestada por la recurrente **Sandra Cifuentes Carrillo**, es referida a "FALSA MOTIVACIÓN Y VIOLACION DEL DEBIDO PROCESO POR AUSENCIA TOTAL DE PRONUNCIAMIENTO RESPECTO DE LAS OBSERVACIONES PRESENTADAS POR LOS TERCEROS INTERVINIENTES":

"Otra ilegalidad que salta a la vista en relación con la actuación, es que se reconozca abiertamente por la CRA, que se recibieron solicitudes en ejercicio del derecho de petición, y que las mismas no han sido resueltas, y que solo lo serán con la firmeza del acto administrativo, afirmación que además de irregular desde el punto de vista procesal, es manifiestamente contraria a derecho, máxime en cuanto se trata el derecho de petición de un derecho fundamental, cuyo trámite y decisión se somete a términos perentorios, sin que exista fundamento alguno para que la entidad arbitrariamente determine contestarlos en un determinado momento de la actuación administrativa, sin que exista sustento legal alguno que así lo permita, por lo que se incurre en una evidente ilegalidad."

Que en lo que tiene que ver con las comunicaciones enviadas por los terceros interesados, éstas fueron objeto de análisis y estudio el cual se encuentra contemplado en el documento de trabajo de la Resolución CRA 786 de 2017; por esta razón, la parte motiva de la resolución recurrida guarda relación con las observaciones y documentos allegados por los terceros interesados.

Que en relación con las solicitudes de información que se presentaron en desarrollo de la actuación administrativa, esto es, con anterioridad a la expedición de la decisión de fondo, no fueron objeto de respuesta por cuanto los asuntos materia de las mismas se vinculaban con la eventual decisión de fondo que iba a adoptar la CRA. Lo

anterior, debido a que mediante esos derechos de petición se indagaba sobre elementos constitutivos de la decisión de fondo, con los cuales sólo se contaría al momento de proferir el acto administrativo contentivo de la misma. Es por ello que se les informó a los peticionarios que una vez ejecutoriado el acto administrativo, se daría respuesta de fondo.

Que haber dado respuesta a todas las solicitudes de información presentadas en el desarrollo de la actuación administrativa, en las que se pedía resolver sobre puntos que se tratarían en la decisión de fondo, podría constituirse como un prejuzgamiento, entendido este como⁴ "Juzgar de las cosas antes de tiempo o de encontrarse debidamente informado. Resolver acerca de una cuestión de la cual depende la prosecución de una causa o el ejercicio de otra acción." Por lo tanto, la decisión de la entidad en aras de salvaguardar el debido proceso fue resolver aquellas una vez se encuentre ejecutoriado el acto administrativo que decide de fondo la actuación.

Que dado lo anterior el argumento aducido no tiene vocación de prosperar.

5. RESERVA LEGAL.

Que en cuanto a la afirmación contenida en el recurso de **Ricardo Felipe Herrera**, referente a la "Imposibilidad para los terceros intervinientes de debatir y controvertir sobre la documentación e información allegada por el solicitante, so pretexto de corresponder sobre aquellos y aquella supuestamente el carácter de confidencial y reservado." Por cuanto "A la documentación e información que debió allegar el solicitante ante la CRA, para demostrar que las áreas de servicio - ASE, resultan ... indispensables para asegurar la viabilidad financiera de la extensión de la cobertura a las personas de menores ingresos...: (El énfasis es mío), no se tuvo acceso. Fundamentalmente porque la UAESP y la misma UAE-CRA señalaron que aquellas estaban sometidos a reserva. Restricción que si bien es cierto en el marco jurídico colombiano se contempla, no lo es menos que dicha restricción no puede esbozarse de manera general y ligera, sino que debe señalarse de manera específica y con sustento en una norma legal que de forma expresa así lo señale por cada documento e información en cuestión."

Que si bien es cierto que la UAESP le otorgó el carácter de reservado a algunos de los documentos allegados dentro de la actuación administrativa, la CRA al ser la encargada de verificar motivos para la inclusión de áreas de servicio exclusivo, tiene la custodia de los mismos, por lo tanto, deberá acogerse a lo que sobre el particular dispone el artículo 6 de la ley 1712 de 2014, que reza:

"d) Información pública reservada. Es aquella información que estando en poder o custodia de un sujeto obligado en su calidad de tal, es exceptuada de acceso a la ciudadanía por daño a intereses públicos y bajo cumplimiento de la totalidad de los requisitos consagrados en el artículo 19 de esta ley;"

Que para el caso particular, la UAESP aportó el modelo financiero sobre el cual se va a estructurar una posible licitación, y sobre este documento el Decreto 1082 de 2015, en su artículo 2.2.1.1.2.1.1 numeral 4 señala: "El valor estimado del contrato y la justificación del mismo. Cuando el valor del contrato esté determinado por precios unitarios, la Entidad Estatal debe incluir la forma como los calculó y soportar sus cálculos de presupuesto en la estimación de aquellos. La Entidad Estatal no debe publicar las variables utilizadas para calcular el valor estimado del contrato cuando la modalidad de selección del contratista sea en concurso de méritos. **Si el contrato es de concesión, la Entidad Estatal no debe publicar el modelo financiero utilizado en su estructuración.**" (subraya y negrilla fuera de texto).

Que de las normas antes citadas se puede concluir que esta Comisión tiene la custodia de los documentos que servirán de insumo para la posible licitación que adelante la UAESP con el fin de concesionar el servicio público de aseo bajo el esquema de ASE, y tales documentos no deben ser publicados por disposición del Decreto 1082 de 2015, razón por la cual la Comisión no puede entregar o publicitar los mismos amparándose en que se trata de una actuación administrativa de verificación de motivos de áreas de servicio exclusivo.

Que no puede esta entidad, quien tiene en custodia el modelo financiero de una posible licitación, desconocer el carácter de reservado al documento cuando el artículo 74 de la Constitución Política señala: "Todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos salvo los casos que establezca la ley. El secreto profesional es inviolable.", y es precisamente para el caso de modelos financieros de un posible contrato de concesión que la Ley le otorga el carácter de reservado.

Que los terceros interesados tuvieron acceso a todo el expediente excepto a lo relacionado con el modelo financiero y los datos en los documentos relacionados con éste, por las razones expuestas con anterioridad y porque previo a la apertura de una licitación, los terceros interesados tendrían información privilegiada frente a los demás posibles interesados al momento de que se lleve a cabo dicho proceso de selección por parte de la UAESP.

⁴ Guillermo Cabanellas de Torres, Diccionario Jurídico Elemental; (2017, 05), diccionario.leyderecho.org Retrieved 05, 2017.

Que se entiende por información privilegiada "aquella a la cual solo tienen acceso directo ciertas personas en razón de su profesión u oficio, la cual por su carácter, está sujeta a reserva, que de conocerse podría ser utilizada con el fin de obtener provecho o beneficio para sí o para un tercero"⁵.

Que en todo caso, en el momento en que esta Comisión remitió la información a los terceros interesados, estos se encontraban facultados para insistir en su petición de acuerdo con lo señalado en el artículo 26 de CPACA, recurso que no fue utilizado por los terceros interesados en la presente actuación administrativa.

Que por lo anterior, este argumento no está llamado a prosperar.

6. RESPECTO DEL CARÁCTER DE INDISPENSABLE DE LAS ASE.

Que de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 333 y 365 de la Constitución Política los servicios públicos domiciliarios, como regla general, se prestan en régimen de libre competencia. En el mismo sentido, el artículo 22 de la Ley 142 de 1994 desarrolla el principio de libertad de empresa, comúnmente conocido como libertad de entrada, previsto en el artículo 10 de la misma ley. El principio de libertad de entrada consiste en permitir que las empresas debidamente constituidas y organizadas desarrollen su objeto social sin que sea necesaria la expedición de algún título habilitante por parte de las autoridades administrativas. Con ello se busca que en el régimen de competencia de los servicios públicos domiciliarios, no existan barreras legales o procedimientos administrativos que obstaculicen el ingreso de nuevos operadores al mercado.

Que una de las formas de evitar que se obstruya o restrinja la libre competencia económica y se presenten prácticas abusivas, es garantizando que quien demanda un servicio, pueda tener variedad de ofertas que le permitan decidir libremente el proveedor del mismo. Esta garantía en la Ley 142 de 1994 se denomina libre elección de prestador del servicio, la cual se encuentra prevista en su artículo 9.

Que no obstante lo anterior, tal como se mencionó previamente, por motivos de interés social y con el propósito de que las coberturas de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado y saneamiento ambiental, entre otros, se pueda extender a las personas de menores ingresos, el artículo 40 de la Ley 142 de 1994 establece que "la entidad o entidades territoriales competentes, podrán establecer mediante invitación pública, áreas de servicio exclusivas, en las cuales podrá acordarse de que ninguna empresa de servicios públicos pueda ofrecer los mismos servicios en la misma área durante un tiempo determinado". De esta forma, es la entidad territorial quien decide o no establecer las mencionadas áreas de servicio exclusivo, siendo competencia de las comisiones de regulación la verificación de los motivos que permitan la inclusión de dichas áreas, como lo señala el parágrafo 1 del citado artículo, así:

"Parágrafo 1o. 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 en este sentido, la Sección 1.3.7 de la Resolución CRA 151 de 2001, establece las condiciones a las cuales deben someterse las entidades territoriales para los contratos de concesión para áreas de servicio exclusivo.

Que en relación con la ampliación de la cobertura a usuarios de menores ingresos ubicados en el área rural del Distrito Capital, las actividades a atender en este sector y la tarifa, los recurrentes expusieron lo siguiente:

Ciudad Limpia S.A. E.S.P.:

"De otra parte, si bien la Resolución recurrida indica que 7.493 es la proyección de usuarios a los que se ampliará la cobertura en el 2024, el cuadro que se incorpora a continuación, en la página 12 de la Resolución recurrida, indica que 7.493 es el número de "suscriptores rurales promedio" en el año 2024.

En otras palabras, se justifica la restricción a la libre entrada al mercado de aseo de Bogotá por un porcentaje tan bajo del total de suscriptores de la ciudad en un periodo de tiempo tan extenso. Sin embargo, a juicio de la CRA, ese porcentaje permite no solo restringir el acceso al mercado, sino el derecho que tienen los suscriptores de elegir al prestador del servicio de aseo que más les convenga".

Sandra Cifuentes Carrillo manifiesta:

"Con respecto la tarifa a aplicar para las zonas rurales que se están incluyendo en la verificación de motivos, la UAESP jamás especificó, según la información disponible, el costo real de las

⁵Concepto 2007057761-003 del 28 de noviembre de 2007. Superintendencia Financiera.

actividades que terminarán prestando los adjudicatarios de cada una de las ASE contempladas en el pliego de condiciones, así como la metodología del cálculo para la tarifa de las áreas rurales, por cuanto a la fecha no ha existido un pronunciamiento claro que defina estos aspectos y que van a tener sin lugar a dudas un impacto directo a la ciudadanía quien es el real interesado y es quien se va a ver afectado si las tarifas tienen fluctuaciones y si el valor del servicio de aseo va a tener un aumento significativo con respecto al que se paga hoy en día".

"Cabe destacar que los usuarios rurales dispersos crecerán más del doble de los usuarios urbanos y los usuarios rurales centro poblado crecerán más de tres veces los usuarios urbanos, todo esto cuando de acuerdo con las estadísticas del DANE la población para las zonas rurales crecen en el periodo 2015 a 2020 en 3.78%, (...)"

"(...) la CRA debe revisar sus decisiones en el ASE de Cúcuta porque, se consideró que la cobertura del servicio para los usuarios de menores ingresos no se encontraba comprometida, y que esta podía garantizarse en el mediano y largo en libre competencia, ya que en ese trámite, se demostró que la población no atendida y los residuos que se generaban, no superaban siquiera el 1% de los totales, lo que no justificaba imponer un esquema de ASE a toda una ciudad, cuando la extensión del servicio a estas personas podía válidamente garantizarse por otros medios o en otro tipo de esquema".

Ricardo Felipe Herrera manifiesta:

"No se cumple con el carácter de indispensables de las ases como esquema excepcional y la CRA no lo verificó.

"La inclusión de los usuarios del sector rural es ineficiente y va en detrimento de los usuarios de la zona urbana porque les pone una tarifa mayor, que resulta ser una contribución adicional".

"Ampliar la cobertura al sector rural no es sustento del carácter de indispensable".

"(...) La inclusión de los usuarios del sector rural es ineficiente y va en detrimento de los usuarios de la zona urbana porque les pone una tarifa mayor, que resulta ser una contribución adicional".

"La UAESP no acreditó dentro de los estudios técnicos allegados, ni la UAE-CRA quiso verificar si la atención a esos usuarios se haya bajo las modalidades propias para estos sectores no urbanos (...) estaban o están en capacidad de atenderlos en las condiciones propias para esta clase de usuarios -rurales-."

Servicios Ambientales S.A. E.S.P. y Recolección y Aseo S.A. E.S.P manifiestan:

"No es claro el cumplimiento de los requisitos en relación con la cobertura a usuarios de menores ingresos, ya que no es demostrable en los términos de lo previsto en la R.CRA 151, por cuanto se trata de zonas rurales no estratificadas".

Que ni la ampliación de la cobertura a los usuarios de menores ingresos que define el artículo 40 de la Ley 142 de 1994, ni los requisitos establecidos en la Resolución CRA 151 de 2001, especifican el número o porcentaje "mínimo" de usuarios a los cuales debe ampliarse la cobertura, para garantizar el cumplimiento del requisito de aumento de cobertura del servicio mediante el esquema de áreas de servicio exclusivo.

Que no obstante el requisito de aumento de cobertura no está limitado en la ley a un número específico de usuarios o a un porcentaje de los mismos, es claro que el aumento de coberturas a los usuarios de menores ingresos deben lograrse aprovechando las economías de escala que se derivan de la "unificación" en materia de costos y tarifas, que para el caso de la presente solicitud de verificación corresponde a la unificación entre mercados urbanos y rurales.

Que los usuarios rurales tienen los mismos derechos que los usuarios de las zonas urbanas en materia de prestación de los servicios públicos y que en la medida en que la prestación a la ruralidad no represente un detrimento del servicio que reciben los usuarios urbanos, es menester de las entidades territoriales buscar soluciones a la prestación del servicio en esas zonas.

Que en relación con el aumento de cobertura a los suscriptores rurales una vez analizados los documentos y modelos remitidos por la UAESP, se evidencia que bajo el esquema de áreas de servicio exclusivo, las economías de escala permiten además del aumento de cobertura a los usuarios de menores ingresos, una disminución en los costos de la prestación del servicio público de aseo, generando un menor déficit en el balance de subsidios y contribuciones con respecto al escenario denominado por la UAESP "statu quo"; sin embargo, se hizo necesario solicitar aclaración mediante Auto 003 de 21 de diciembre de 2016 con respecto a la fuente de financiación de los

recursos faltantes.

Que la UAESP respondió mediante el radicado CRA 2016-321-010212-2 de 30 de diciembre de 2016:

"(...) ya que si bien es cierto que el 100% por los recursos provenientes de la distribución del SGP sectorial para departamentos, está destinado al fondo para el saneamiento del Río Bogotá, en el caso de los provenientes del SGP Sectorial como municipio, los recursos a comprometer para el río Bogotá, estarán supeditados a que exista saldo positivo entre los recursos asignados y el valor del déficit entre subsidios y aportes solidarios. (...).

Por otra parte, con base en los déficit proyectados en el modelo y las proyecciones que se tienen de ingresos de los recursos del sistema General de Participaciones para Agua Potable y Saneamiento básico, así como las proyecciones realizadas respecto de las necesidades de los servicios de acueducto y alcantarillado, es posible afirmar que existen recursos disponibles para cubrir el posible déficit que se presentaría en el servicio de aseo, tal como se presenta en el archivo "Modelación cubrimiento de déficit ASE-SGP.xls" y del cual se extraen la siguientes tablas de fuentes de usos".

Que además de las ganancias en eficiencia, el esquema de áreas de servicio exclusivo para Bogotá D.C., permite la prestación del servicio a los usuarios de menores ingresos de las zonas rurales con los mismos estándares de calidad de la zona urbana en aquellas actividades que serán atendidas.

Que en cuanto a las proyecciones de población del área rural realizadas en el año 2014 y que soportan la solicitud, esta Comisión evidenció que los datos empleados para las proyecciones del número de suscriptores por localidad, así como de la evolución de la generación de residuos, durante la vigencia del esquema propuesto, corresponde a las estimaciones presentadas en el documento "Análisis del entorno institucional y de política pública, elaborado por Edgar Sardi para el Centro de Investigación Económica y Social Fedesarrollo en el año 2014".

Que para dar respuesta a los argumentos de los recurrentes sobre las actividades a prestar a los usuarios del área rural y la tarifa a cobrar a estos usuarios, en el requerimiento de información de 3 de agosto de 2016 realizado por la UAE CRA a la UAESP en el numeral 2, literal c) se solicitó:

"Se solicita especificar cuál es el costo de las actividades del servicio y la metodología de cálculo de la tarifa para los suscriptores del área rural, teniendo en cuenta que estos presentan unas condiciones diferentes a las del área urbana, de distancia y prestación del servicio, que afectan directamente el costo de recolección y transporte". (subraya fuera de texto).

Que al respecto, la UAESP mediante radicado 2016-321-005754-2 de 22 de agosto de 2016, informó que:

"En relación con la metodología de cálculo de la tarifa para los suscriptores del área rural se informa que estas se encuentran establecidas con estricta sujeción a la Resolución CRA 720 de 2015, la cual establece que en el parágrafo 1 del artículo 1 que "En caso de que existan áreas de prestación del servicio que incorporen zonas rurales, la persona prestadora del servicio de aseo podrá aplicar las disposiciones contenidas en la presente resolución en las mencionadas zonas", por lo que se tiene la misma estructura tarifaria para la zona urbana, zona de expansión urbana y zonas rurales dentro de cada área de servicio exclusivo -ASE, siendo cada ASE un área de prestación APS independiente":

Que sin embargo, una vez analizada la información allegada se evidenciaron algunas diferencias con respecto a la metodología contenida en el Resolución CRA 720 de 2015, lo que generó que mediante el Auto 002 del 14 de septiembre de 2016, la UAE-CRA solicitara:

*"Explicar y sustentar cuáles son las actividades y sus respectivas frecuencias, que se van a prestar en cada una de las zonas rurales.
Explicar, sustentar y soportar cómo se incluyen en el modelo "Capex Opex Aseo" los costos reales en los que incurrirán los prestadores por atender las zonas rurales, teniendo en cuenta sus características particulares.
Explicar y sustentar cuál será la tarifa a cobrar a los suscriptores rurales, de acuerdo con las actividades a realizar".*

Que mediante radicado CRA 2016-321-007645-2 de 13 de octubre de 2016, la UAESP informó las actividades que se incluirán vía tarifa, dividiendo el servicio en dos categorías: rural disperso y rural centro poblado, conforme esta clasificación, se estableció cuáles actividades del servicio público de aseo se prestarán en cada una de ellas de acuerdo con sus propias características y en lo referente a la tarifa a cobrar a estos suscriptores, envió los soportes y el cálculo en el modelo financiero de tarifas diferenciales teniendo en cuenta las actividades que se prestarán en las zonas rurales dispersas y zonas rurales centros poblados.

Que mediante radicado CRA 2016-321-004301-2 de 21 de junio de 2016, la UAESP remite las comunicaciones de los alcaldes locales en las que le manifiestan la necesidad de que se incluyan las zonas rurales en la solución que dé el Distrito a la prestación del servicio público de aseo, así: *"el oficio del 17 de junio de 2016, con radicado No. 20162020007071 suscrito por el Alcalde Local de Sumapaz, en el cual informa que la Localidad 20 de Sumapaz no cuenta con el servicio de recolección y transporte de los residuos generados por la comunidad, por parte de ningún operador y los oficios de las alcaldías locales de Chapinero, Santafé y Suba en donde se evidencia que los esquemas definidos hasta la fecha en el Distrito Capital para la prestación del servicio público de aseo, no han garantizado la cobertura en el área rural"*.

Que en relación con la ampliación de la cobertura a los usuarios de menores ingresos en el área rural, la misma fue verificada con base en la información entregada por la UAESP mediante la que demostró la extensión de la cobertura del servicio público de aseo a estos usuarios, que para el caso, corresponden a aquellos ubicados en sectores rurales de centros poblados y dispersos de las localidades de Usaquén, Chapinero, Usme, Suba, Ciudad Bolívar, Santa Fe, San Cristóbal y Sumapaz, mediante la definición y proyección del número suscriptores de acuerdo con la estratificación adoptada por el municipio y la proyección de los usuarios a los que se ampliará la cobertura del servicio, que corresponden a 7.493 para el año 2024, de los cuales el 72.61% corresponden a usuarios de menores ingresos (estratos 1, 2 y 3).

Que siendo mercados potenciales en los que los prestadores no requieren ninguna autorización ni solicitud de los usuarios para prestar el servicio en las mismas para prestar el servicio, tanto los prestadores actuales en la ciudad de Bogotá, como otros en otras ciudades, podrían haber decidido, sin necesidad de convocatoria pública, a prestar el servicio en estas zonas, en las que se repite, no hay prestación del servicio, tal y como lo manifiesta la UAESP, y se constata a través de las certificaciones emitidas por los Alcaldes Locales, las cuales obran en el expediente.

Que con respecto a la mención realizada en el escrito contentivo del recurso, sobre la verificación de motivos de áreas de servicio exclusivo de Cúcuta, se aclara que es una actuación decidida y ejecutoriada la cual además se encuentra cobijada con presunción de legalidad, razón por la que esta Comisión no requiere de pronunciamiento alguno.

Que de otra parte, en relación con lo indispensable de las ASE, con ocasión de la solicitud de áreas de servicio exclusivo, la intervención de la CRA está limitada a verificar que existen los motivos para recurrir a este mecanismo excepcional, y a revisar que estos sean indispensables para asegurar la viabilidad financiera de la extensión de la cobertura a las personas de menores ingresos.

Que el Consejo de Estado en Sección Tercera, el 13 de agosto de 2008, se pronunció al respecto al indicar lo siguiente: *"(...) previamente a la apertura de la licitación pública para la asignación de áreas de servicio exclusivo en la prestación del servicio público de aseo, los municipios y distritos deberán solicitar a la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico - CRA la verificación de existencia de los motivos que permiten la inclusión de áreas de servicio exclusivo en los contratos de concesión, de acuerdo con los lineamientos generales y condiciones a que éstos se encuentran sometidos y deberán aportar a la CRA los estudios que demuestren que el otorgamiento del área de servicio exclusivo es el mecanismo más apropiado para asegurar la viabilidad financiera de la extensión de la cobertura a los usuarios de menores ingresos."*⁶ (Subrayas fuera de texto).

Que lo indispensable para efectos de verificar los motivos de las ASE, sin importar que existan otros medios, es que este sea el mecanismo más idóneo para aumentar la cobertura a usuarios de menores ingresos, en palabras del Consejo de Estado.⁷

Que el recurrente **Ricardo Felipe Herrera**, manifiesta que:

"La CRA pasa por alto que el balance de subsidios y contribuciones corresponde a la aplicación de los criterios de solidaridad y redistribución de ingresos y no tiene que ver con el esquema de prestación del servicio que proceda".

Que la Resolución CRA 151 de 2001 en el artículo 1.3.7.7 señala que el estudio presentado por el solicitante 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"*.

Que tal y como se lee, 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, se entiende que hace referencia al monto de los recursos que el ente territorial debe presupuestar.

Que de acuerdo con lo anterior y teniendo en cuenta que la prestación del servicio debe ser autosostenible con los recursos provenientes de las tarifas, debe entenderse que los recursos a los que hace referencia el literal a) del artículo 1.3.7.6. de la Resolución CRA 151 de 2001, son aquellos que presupuesta el municipio o distrito para los

⁶ Consejo de Estado - Sección Tercera M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

subsidios que debe aportar al Fondo de Solidaridad y Redistribución de Ingresos cuando sea deficitario, para garantizar la prestación del servicio público de aseo a todos los usuarios.

Que por lo anterior, los argumentos de las partes recurrentes no están llamados a prosperar.

7. RESPECTO DE LOS EXHORTOS.

Que respecto al cumplimiento de los exhortos de la Corte Constitucional, la recurrente **Sandra Cifuentes Carrillo** manifiesta lo siguiente: *"Teniendo en cuenta estos antecedentes, es curioso que la CRA se inhiba de pronunciarse sobre este punto, aduciendo que al no ser incluido el aprovechamiento en la solicitud presentada por la UAESP, ve limitada su competencia para tal efecto, no obstante esa Entidad fue receptora de específicas ordenes de la Corte Constitucional respecto del acompañamiento a la UAESP para generar la regulación necesaria para lograr varios objetivos, entre ellos "el establecimiento de rutas y modelos para el transporte y la recolección de residuos aprovechables que funcionen de manera coordinada con los componentes de recolección y transporte de residuos en áreas de servicio exclusivo de forma que no se genera una competencia por los mismos desechos en condiciones de desigualdad" (auto 275 de 2011)".*

Que sobre este mismo tema **Ciudad Limpia S.A E.S.P.** manifiesta *"(...) La CRA, desconociendo los exhortos que le efectúa la Corte Constitucional respecto al acompañamiento que debe darle al Distrito en la estructuración del componente de aprovechamiento, se limita a decir que no tiene en cuenta el aprovechamiento dentro de la verificación de motivos para ASE que hace la UAESP, en razón a que esta lo excluye.*

La UAESP tiene la obligación de estructurar el sistema de aprovechamiento. Al no hacerlo, al menos simultáneamente, con el de no aprovechables, podría generar unas obligaciones posteriores a los concesionarios no tenidas en cuenta en sus contratos, que generarían sobre- costos y que harían que la autorización del esquema de ASE no fuera válido".

Que por su parte, **Ricardo Felipe Herrera**, manifiesta *"la solicitud de la UAESP no incluye la actividad de aprovechamiento, incumpliendo la sentencia T-724 de 2003".*

Que respecto del argumento de los recurrentes, la Resolución CRA 786 de 2017 se motivó de manera suficiente y amplia, dedicando el numeral 8 de la misma, al tema de la actividad complementaria de aprovechamiento, relacionando los exhortos de la Corte Constitucional y la manera expresa como esta entidad dio cumplimiento a las órdenes impartidas en el Auto 275 de 2011, incluyendo las respuestas de la UAESP, al requerimiento que realizó esta UAE CRA para que informara la forma como se armonizaría la actividad complementaria de aprovechamiento en las áreas de servicio exclusivo, acorde con las normas aplicables en la materia.

Que se precisó en la resolución recurrida, que atendiendo a que el aprovechamiento no fue incluido por parte de la UAESP en la solicitud presentada, el análisis que realizó esta Comisión no incluyó dicha actividad en la verificación de los motivos realizada acorde con lo establecido en la Resolución CRA 151 de 2001, ya que las competencias atribuidas al regulador en la materia, se limitan a las actividades del servicio público de aseo que son expresamente solicitadas por el ente territorial para ser verificadas dentro de las áreas de servicio exclusivo.

Que la H. Corte Constitucional en el auto mencionado, dentro del acápite de órdenes concretas de la parte considerativa, concretamente en el numeral 112 señaló que:

"En consecuencia, se ordenará al Distrito definir con la colaboración técnica de la CRA -a quien se exhortará para tal efecto-, parámetros especiales que definan cómo serán ofrecidos en la práctica los servicios de reciclaje, tratamiento y aprovechamiento de residuos y, la forma en que la prestación de los mismos deberá ser remunerada, bien a través de la tarifa o bien mediante la fijación de un esquema de precios, de forma que estos componentes sean manejados íntegramente por las organizaciones de recicladores que entren en proceso de regularización."

Que también exhortó a la CRA a que *"(...) revise y defina parámetros generales para la prestación de los servicios de separación, reciclaje, tratamiento y aprovechamiento de residuos sólidos en los términos establecidos en el numeral 115 de esta providencia. (...)".*

Que el Ministerio de Vivienda Ciudad y Territorio expidió la reglamentación del servicio público de aseo en el Libro 2, Parte 3, Título 2. Servicio público de aseo del Decreto 1077 de 2015, en el cual incluyó el aprovechamiento como actividad complementaria del servicio público de aseo.

Que la CRA para dar cumplimiento al exhorto mencionado y con base en la nueva reglamentación del servicio público de aseo, definió en la marco tarifario contenido en la Resolución CRA 720 de 2015 *"Por la cual se establece el régimen de regulación tarifaria al que deben someterse las personas prestadoras del servicio público de aseo que atiendan en municipios de más de 5.000 suscriptores en áreas urbanas, la metodología que deben utilizar para el cálculo de las tarifas del servicio público de aseo y se dictan otras disposiciones"*, la remuneración del

aprovechamiento, como el Valor Base de Remuneración del Aprovechamiento (VBA).

Que con respecto al acompañamiento que debe realizar la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico según el Auto 275 de 2011 en el artículo sexto de su parte resolutive en donde dispuso:

"SEXTO. - EXHORTAR a la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico (CRA), para que acompañe y preste su colaboración al Distrito -a través de la UAESP o de la entidad que haga sus veces-, en la definición de la regulación especial a nivel distrital dirigida a la regularización de la población de recicladores en los componentes de separación, reciclaje, transformación y aprovechamiento de residuos, en los términos del numeral 116 de esta providencia."

Que esta Comisión de Regulación organizó seis mesas de acompañamiento con el Distrito, las cuales se desarrollaron entre mayo y junio de 2012. Que no obstante, en consideración a que la finalidad del exhorto es precisamente el acompañamiento y la colaboración al Distrito en la definición de la regulación especial a nivel distrital dirigida a la regularización de la población de recicladores en los componentes de separación, reciclaje, transformación y aprovechamiento de residuos, mediante comunicaciones con radicados CRA 20142110038151 y 20142110038141 de 18 de octubre de 2014, se invitó al señor Alcalde Mayor, así como a la Directora General de la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos – UAESP, a retomar dichas *"mesas de trabajo, y en consecuencia, fijar conjuntamente un cronograma para llevarlas a cabo, en pro de la eficiente prestación del servicio público de aseo en la ciudad, particularmente de la mencionada actividad complementaria, así como para la revisión del cumplimiento de los compromisos adquiridos ante la Corte Constitucional en virtud del Auto del asunto."*

Que sin embargo, dicho acompañamiento y colaboración es ajeno a la solicitud de tramite tendiente a la verificación de existencia de motivos para la inclusión de áreas de servicio exclusivo, para la prestación del servicio público de aseo en el Distrito Capital, de que trata la presente actuación administrativa.

Que en cumplimiento de la normatividad vigente para el esquema operativo de aprovechamiento⁸, que determinó las obligaciones a cargo de los prestadores de la actividad de recolección y transporte de residuos no aprovechables y a los exhortos emitidos por la H. Corte Constitucional, se solicitó a la UAESP aclarar algunos aspectos de la siguiente manera,

"La forma en la que funcionará la actividad de aprovechamiento en relación con el esquema de áreas de servicio exclusivo para residuos no aprovechables, teniendo en cuenta la integralidad del servicio establecida en el Decreto 1077 de 2015, el Decreto 596 de 2016 y la Resolución 276 de 2016 así como las acciones afirmativas a las que la Corte Constitucional exhortó a la UAESP, mediante del documento "ASES" en donde se establece que la actividad de aprovechamiento no será objeto de exclusividad; Autos 268 de 2010 y 275 de 2011. Adicionalmente, se hace necesario aclarar cuáles serán las responsabilidades de los concesionarios en lo referente a la actividad de aprovechamiento, de acuerdo con las normas citadas y las implicaciones económicas en las que deben incurrir los concesionarios para llevar a cabo las responsabilidades exigidas en el marco del esquema de área de servicio exclusivo".

Que así mismo, una vez analizados los documentos allegados con la solicitud de verificación de motivos, la respuesta al requerimiento de información, así como con el modelo financiero, se solicitó a la UAESP aclarar las inconsistencias en relación con las toneladas de aprovechamiento y la remuneración de los prestadores de esta actividad, el plan de formalización de los recicladores y la forma como se integrará con los nuevos prestadores de la actividad de aprovechamiento con cada uno de los concesionarios de las áreas de servicio exclusivo.

Que con las precisiones remitidas por la UAESP, y teniendo en cuenta la reglamentación de la operatividad del aprovechamiento contenida en el Decreto 596 de 2016 que modifica y adiciona el Decreto 1077 de 2015 y la Resolución 276 de 2016 del MVCT, la CRA constató la forma cómo se articularán los dos esquemas; el de libre competencia para la prestación de la actividad de aprovechamiento y el de áreas de servicio exclusivo en donde se dejan explícitas las obligaciones que tendrían los futuros concesionarios en lo referente a la actividad de aprovechamiento en el marco de las disposiciones normativas mencionadas, incluyendo la remuneración del aprovechamiento en el modelo financiero del esquema de áreas de servicio exclusivo y la prestación integral del servicio público de aseo.

Que la misma Corte Constitucional en numeral 112 de los exhortos mencionó al respecto, lo siguiente:

"112. En consecuencia, se ordenará al Distrito definir con la colaboración técnica de la CRA -a quien se exhortará para tal efecto-, parámetros especiales que definan cómo serán ofrecidos en la

⁸ Decreto 1077 de 2015, modificado y adicionado por el Decreto 596 de 2016 y Resolución 276 de 2016 *"Por la cual se reglamentan los lineamientos de la actividad de aprovechamiento del servicio público de aseo y del régimen transitorio para la formalización de los recicladores de oficio acorde con lo establecido en el Capítulo 5 del Título 2 de la parte 3 del Decreto 1077 de 2015 adicionado por el Decreto 596 del 11 de abril de 2016"*

práctica los servicios de reciclaje, tratamiento y aprovechamiento de residuos y, la forma en que la prestación de los mismos deberá ser remunerada, bien a través de la tarifa o bien mediante la fijación de un esquema de precios, de forma que estos componentes sean manejados íntegramente por las organizaciones de recicladores que entren en proceso de regularización.

En ese orden, se deberá señalar la manera en que el esquema de libre competencia u otro legalmente posible para los componentes de reciclaje, tratamiento y aprovechamiento se coordinará con otros modelos de operación como la concesión de áreas de servicio exclusivo autorizadas para los componentes de recolección y transporte de residuos no separados o cualquier otro modelo, garantizando alternativas a través de las cuales sectores de la población tradicionalmente marginados, participen de manera real y material en la prestación del servicio público de aseo en sus componentes complementarios de reciclaje, transformación y aprovechamiento. Este aspecto deberá reflejarse en el esquema de metas a corto plazo señalado en el numeral 105 de esta providencia."

Que por consiguiente, se precisa que esta Comisión de Regulación, teniendo en cuenta que la UAESP no incluyó esta actividad dentro de la verificación de motivos, si revisó los aspectos relacionados con el cumplimiento de la normatividad vigente para el esquema operativo de la actividad de aprovechamiento, en relación con las obligaciones de los prestadores del servicio público de aseo de residuos no aprovechables, la inclusión de las toneladas de aprovechamiento, de rechazo, y el cálculo del Valor Base de Remuneración del Aprovechamiento (VBA), necesarias para el cálculo de los egresos de los concesionarios, por el concepto de la transferencia de los recursos provenientes de esta actividad a las personas prestadoras de la actividad de aprovechamiento.

Que adicionalmente se debe tener en cuenta que las obligaciones relacionadas con incorporar y fortalecer de manera progresiva las acciones afirmativas en favor de la población recicladora, está en cabeza de los municipios y distritos.

Que el recurrente **Ricardo Felipe Herrera** manifiesta "la solicitud de verificación de motivos presentada por el DC-UAESP y la decisión que contiene la Resolución CRA 786 de 2017, contrarian de manera directa y flagrante una orden constitucional dada en sede de tutela por la Sala Primera Revisión de la H. Corte Constitucional - Sentencia T-724 de 2003."

Que respecto de esta afirmación, la misma fue analizada y respondida en el considerando anterior; sin embargo, se hará alusión al sustento de la misma, en cuanto el recurrente cita un aparte de la sentencia T- 724 de 2003, para fundamentar que "(...) hace referencia a que la orden deba entenderse cuando se trate de contratación, es decir cuando se esté en el evento del establecimiento de ASE; y el segundo, que dicha contratación hace referencia al servicio público de aseo sin excluir ninguna actividad propia del mismo".

Que si bien el impugnante hace referencia al contenido del fallo de tutela T-724 de 2003, esta Comisión de Regulación recibió unos exhortos contenidos en el Auto 275 de 2011, a los cuales se hizo referencia anteriormente, puesto que están debidamente explicados en la resolución recurrida, y en ese orden de ideas, son los exhortos los vinculantes para la CRA, mientras que respecto del fallo de tutela referido esta entidad no fue parte de dicho proceso, quedando por fuera de los efectos derivados de dicha decisión de amparo constitucional. Además, se consideró, dentro de la presente actuación administrativa, el marco normativo vigente que rige el servicio público de aseo y la actividad complementaria de aprovechamiento, los cuales se encuentran contenidos en los Decretos 1077 de 2015 y 596 de 2016.

Que por lo anterior, el argumento no está llamado a prosperar.

8. RESPECTO DE LAS ACTIVIDADES DE LA "BOLSA 2".

Que respecto de las denominadas obligaciones "De Hacer", incluidas por la UAESP, para ser financiadas con la bolsa 2, y sobre las cuales esta Comisión se pronunció en la Resolución CRA 786 de 2017, los recurrentes manifestaron lo siguiente:

Ciudad Limpia S.A. E.S.P.: "Cabe entonces afirmar que los recursos que conforman la bolsa 2, con los que se financian las denominadas "obligaciones de hacer", que no están incluidas dentro de las actividades que componen el servicio de aseo, sí provienen de las tarifas definidas por la Resolución CRA 720 de 2015, lo cual, además de ser ilegal, afecta todo el esquema financiero que soporta la solicitud de ASE al deteriorar los eventuales recursos disponibles para extender el servicio a las zonas rurales, por lo que no sería verificable la consistencia del modelo financiero global del servicio sin tener en cuenta las implicaciones económicas que tienen las obligaciones de hacer sobre él".

Sandra Cifuentes Carrillo: "Se solicita a la Entidad aclarar en cuanto a las demás actividades contempladas dentro del proyecto de pliego de condiciones (numeral 18-CONDICIONES GENERALES DEL CONTRATO, numeral 18.1. ALCANCE DEL OBJETO CONTRACTUAL) como actividades adicionales a las mencionadas anteriormente

dentro de las que se encuentran: Recolección gratuita de escombros. Recolección y transporte de llantas. Aspirado de puentes, etc.

Ricardo Felipe Herrera: "La Comisión no puede guardar silencio frente al planteamiento de contratación del DC-UAESP de actividades ajenas al servicio con recursos excedentarios que provienen de tarifas. No puede el Distrito Capital aprovecharse de forma arbitraria de su calidad de contratante para "colgarle" actividades ajenas al servicio de aseo... (...)"

Que se requiere precisar que cuando la CRA en la parte motiva de la Resolución CRA 786 de 2017, se refiere a las obligaciones de hacer en el sentido de no verificarlas, no significa que haya guardado silencio frente a las mismas. Así en el requerimiento de información que se elevó a la UAESP mediante oficio con radicado CRA 2016-211-0044741-1 de 3 de agosto de 2016, se solicitó soportar el uso de tecnologías por fuera de las establecidas en la reglamentación del servicio y posteriormente en el Auto 002 de 14 de septiembre de 2016 la UAE CRA solicitó de manera expresa a la UAESP excluirlas del modelo financiero objeto de revisión en el marco de la actuación administrativa.

"(...) Las actividades diferentes de las contenidas en las normas legales y reglamentarias, del servicio público de aseo, que la UAESP incluye como obligación de los concesionarios en su área de servicio exclusivo, como, por ejemplo, recolección de residuos de construcción y demolición, recolección domiciliaria ocasional, recolección de llantas y operativos de limpieza de puntos críticos, no serán verificadas por parte de esta comisión en tal sentido, se solicita excluirlas del modelo financiero objeto de revisión en el marco de la presente actuación administrativa". (subraya fuera de texto).

Que frente a lo reseñado en el considerando anterior, mediante radicado CRA 2016-321-007645-2 de 13 de octubre de 2016, la UAESP informó que:

"Las obligaciones de hacer se ejecutarán con cargo al porcentaje de utilidad que el concesionario decida ofertar voluntariamente para conformar una bolsa de recursos que en el Pliego fue denominada "Bolsa No 2 (numeral 3.2 "REMUNERACIÓN DEL CONCESIONARIO")", y la cual se conformará para cumplir con objetivos determinados relacionados con la responsabilidad social, protección ambiental, el embellecimiento de la ciudad y el aprovechamiento de residuos, entre otros aspectos.

Ahora bien, es de indicarse que los recursos destinados para la ejecución de las obligaciones de hacer provienen de la estructuración del proceso de licitación, en el cual se incorporó, en la evaluación económica, una calificación respecto del porcentaje de descuentos sobre la remuneración ofertada por el concesionario. Lo anterior, conforme lo establecido en el numeral 38.1. "CRITERIOS DE CALIFICACIÓN", ítem 2 "Porcentaje de descuento ofrecido de la remuneración (PD)" y el numeral 38.3.2. denominado COMPONENTE 3- CALIFICACIÓN DE LA OFERTA DEL PORCENTAJE DE DESCUENTO SOBRE LA REMUNERACIÓN FINAL DEL CONCESIONARIO (PD).

(...) Así mismo, se indica que se ajustó el modelo financiero excluyendo la recolección de residuos de construcción y demolición. En este mismo sentido, se procederá a ajustar el Pliego de Condiciones.

En lo que respecta a la recolección de llantas y operativos de limpieza de puntos críticos, tales actividades no se encuentran incorporados en el modelo financiero y, por lo tanto, las mismas se ejecutarán con cargo a las obligaciones de hacer y no con cargo a la tarifa, tal como se aclarará en el Pliego de Condiciones." (Subraya fuera de texto).

Que como consecuencia de lo anterior, del contenido del modelo financiero de áreas de servicio exclusivo remitido, la CRA verificó que los costos asociados a las obligaciones de hacer no se encuentran incluidos en la modelación financiera ni en el cálculo de las tarifas, y por lo tanto, solamente se incluyeron aquellas actividades que la Ley determina como parte integral del servicio público de aseo.

Que la Resolución CRA 786 de 2017, en un aparte del literal f. consagra "Que las competencias de la Comisión se limitan a verificar los motivos para el otorgamiento de áreas de servicio exclusivo, en los términos señalados en la normatividad expuesta, sin que pueda pronunciarse sobre la estructuración de las licitaciones, los contratos que se suscriban en virtud de la misma, las obligaciones que de dichos contratos asumen los potenciales concesionarios y el municipio, y, en general, sobre los documentos contractuales o precontractuales con arreglo a los que la entidad territorial concesione el servicio de aseo.

Que en ningún caso se podrán incluir actividades que no componen el servicio público de aseo en la tarifa".

Que como se manifestó en la Resolución CRA 786 de 2017, con base en lo dispuesto por la normativa vigente para la prestación del servicio público de aseo, no es posible financiar o incluir actividades que no se encuentran definidas por el Decreto 1077 de 2015 ni en la Resolución CRA 720 de 2015 como parte integral del servicio, afectando la tarifa.

Que por lo tanto, tal y como quedó expreso en la Resolución CRA 786 de 2017, es claro que las actividades previstas a financiar con la Bolsa 2, no están contempladas en la metodología tarifaria y no se podrán incluir bajo ningún esquema para ser financiadas por cualquier componente dentro de la tarifa.

Que por lo anterior, este argumento no está llamado a prosperar.

Que conforme a lo anteriormente expuesto y una vez analizados todos los argumentos de los recurrentes, esta Comisión de Regulación desestima los mismos y como consecuencia se deniegan las pretensiones contenidas en los recursos impetrados.

Que en mérito de lo expuesto,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO. - NEGAR todas las pretensiones de los recursos de reposición interpuestos por Ricardo Felipe Herrera, Sandra Cifuentes Carrillo, la empresa Ciudad Limpia S.A. E.S.P., la empresa Servicios Ambientales S.A. E.S.P. y la empresa Recolección y Aseo S.A. E.S.P., contra la Resolución CRA 786 de 2017, conforme lo expuesto en la parte motiva de la presente resolución.

ARTÍCULO SEGUNDO.- CONFIRMAR en su integridad la Resolución CRA 786 de 2017, "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 Distrito Capital para las actividades de comercialización, recolección, transporte, barrido y limpieza de vías y áreas públicas, corte de césped, poda de árboles, lavado de áreas públicas, instalación y mantenimiento de cestas".

ARTÍCULO TERCERO. - NOTIFICAR personalmente el contenido de la presente resolución a la Directora General de la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos - UAESP o quien haga sus veces, al señor Ricardo Felipe Herrera, a la señora Sandra Cifuentes Carrillo, al Representante Legal o quien haga sus veces de la empresa Ciudad Limpia S.A. E.S.P. al Representante Legal o quien haga sus veces de la empresa Servicios Ambientales S.A. E.S.P., al Representante Legal o quien haga sus veces de la empresa Recolección y Aseo S.A. E.S.P., al Representante Legal o quien haga sus veces de la empresa Limpieza Metropolitana S.A. E.S.P., al Representante Legal o quien haga sus veces de la empresa Aseo Internacional S.A. E.S.P., al Representante Legal o quien haga sus veces de la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Bogotá, al Representante Legal o quien haga sus veces de la empresa ATESA S.A. E.S.P., informándoles que contra ella no procede recurso alguno.

En caso de que no se pudiese hacer la notificación personal al cabo de cinco (5) días del envío de la citación, ésta 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 CUARTO. - COMUNICAR el contenido de la presente resolución a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y a la Superintendencia de Industria y Comercio, para lo de sus competencias, una vez en firme.

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

NOTIFIQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.

Dada en Bogotá D.C. a los treinta (30) días del mes de mayo de dos mil diecisiete (2017).


FERNANDO VARGAS MESÍAS
Presidente


JAVIER MORENO MÉNDEZ
Director Ejecutivo

