



MINISTERIO DE DESARROLLO ECONOMICO
COMISION DE REGULACION DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BASICO
RESOLUCION NUMERO **CRA- 95** DE 19 99
(22 SET. 1999)

Por la cual se resuelve un recurso de reposición de ACUAVIVA S.A. E.S.P. del municipio de Palmira, contra la Resolución N° 87 del 9 de Julio de 1999

La COMISIÓN DE REGULACIÓN DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO
BÁSICO

en ejercicio de sus facultades legales y reglamentarias, en especial las conferidas por los artículos 50 y 51 del Código Contencioso Administrativo, 73.7 y 113 de la Ley 142 de 1994 y 17 del Decreto 1738 de 1994, y

CONSIDERANDO

Que mediante oficio 001-E del 29 de septiembre de 1998, ACUAVIVA S.A. E.S.P. solicitó la iniciación de un proceso para la modificación de fórmulas tarifarias para los servicios de acueducto y alcantarillado resultado de la aplicación de las Resoluciones Nos. 8 y 9 de 1995, señalando que la composición y la estructura de costos administrativos y operativos y el plan de inversiones diseñado para la nueva empresa, difieren de aquellos que sirvieron como fundamento de los estudios realizados por EMPALMIRA en 1996, además de que ACUAVIVA como arrendataria de la infraestructura del municipio debe pagar un canon mensual que afecta sus costos de operación.

Que en atención al Artículo 7° de la Resolución 26 de 1997 y en el Artículo 2° de la Resolución 40 de 1998, la Comisión solicitó a la Personería Municipal de Palmira, al Intendente Departamental delegado del Valle del Cauca de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, a los Vocales de Control, y a las empresas Caracol, Colprensa y RCN, mediante oficios CRA-EC-OR-OJ-0188, 0189, 0190, 0191, 0192, y 0193 del 26 de enero de 1999 respectivamente, la publicación del comunicado de prensa expedido por la CRA, en el cual se informó a los usuarios sobre la actuación en curso, con el fin de que ejercieran su derecho de hacerse parte en la misma, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a su fijación por parte de la Personería Municipal.

Que mediante oficio CRA-EC-OR-OJ-0187 del 26 de enero de 1999, esta Comisión informó al Alcalde de Palmira sobre el procedimiento de modificación de fórmulas tarifarias de los servicios de acueducto y alcantarillado iniciado a raíz de la solicitud enviada por parte de ACUAVIVA y le concedió un plazo de 10 días hábiles para intervenir y constituirse en parte dentro de la actuación administrativa.

Que el Alcalde de Palmira, mediante comunicación AM-0162 del 8 de febrero de 1999 radicada bajo los números 0384 y 0394 del 8 y 9 de febrero, se constituyó en parte del proceso de modificación de fórmulas tarifarias de la empresa ACUAVIVA, con la cual se opone radicalmente a la solicitud fundamentándose, además del impacto social que generaría en la comunidad Palmirana, en los siguientes aspectos sobre la composición y estructura de costos administrativos y operativos y el plan de inversiones:

- Costos administrativos muy altos
- Los contratos de asesoría son demasiado costosos
- La estructura de redes se valoriza por encima de lo real sin consultar con los valores que el Municipio en su condición de propietario da a la misma
- En los estudios realizados por EMPALMIRA que sirvieron de fundamento al negocio celebrado con ACUAVIVA S.A. se tuvieron en cuenta todos los elementos que se pretenden modificar hoy
- Los costos de arrendamiento se incluyen por partida doble, además de que en el negocio planteado se estipuló que ese costo no iría en la tarifa sino que saldría de las utilidades
- El costo que se ha colocado en la tarifa no es real, como quiera que se ha proyectado con incrementos no justificados, pues si se revisa el valor acordado en el contrato es muy inferior al presupuestado por la empresa
- El período en el cual se calcula la tarifa no es cierto, como quiera que la empresa no llevaba un año laborando, sino que a los seis meses se proyectó el resto del período acorde con la necesidad de ellos y no la realidad de costos.
- Los costos operacionales y administrativos en lo pertinente al gasto de personal son elevados. Además el ítem de provisiones es elevado como quiera que la empresa no tiene carga prestacional acumulada pues lleva un año de funcionamiento.
- En lo pertinente a inversión no se ha realizado el plan proyectado y no se ha creado el fondo para ese fin.

Que las Juntas Comunales de Zamorano, Brisas del Norte, Monteclaro y San Cristóbal, además de otros 67 usuarios del municipio de Palmira, mediante derechos de petición, manifestaron su rechazo a los incrementos en las facturaciones de los servicios de acueducto y alcantarillado y solicitaron un nuevo estudio en los incrementos de pago de los servicios públicos.

Que la Junta de Acción Comunal del Barrio Santa Bárbara y varios usuarios de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado del municipio de Palmira, manifestaron su rechazo a la solicitud de modificación de fórmulas tarifarias y solicitaron a la Comisión su no aprobación.

Que la Personería Municipal de Palmira, mediante oficio DPM-0425 del 15 de febrero de 1999 radicado bajo el número 0540 del 19 de febrero, solicitó no dar viabilidad a la petición de la Empresa ACUAVIVA por ser contraria al bien común de los Palmiranos señalando que la inversión ha sido baja y no se ha dado cumplimiento al compromiso de mejorar los servicios.

Que el Concejo Municipal de Palmira, mediante comunicación del 19 de febrero de 1999 radicada bajo el número 0557 de la misma fecha, remitió la moción aprobada por el Concejo, según la cual:

- Los gastos administrativos son exageradamente altos por cuanto los sueldos como las prestaciones no corresponden con los que se pagan en el municipio
- A pesar de contar con una fuente de abastecimiento que favorece el tratamiento del agua, los costos operativos son altos
- Se tiene conocimiento que el estudio de costos y tarifas fue realizado por un miembro de la junta Directiva, no habiéndose convocado a los vocales de control
- Baja capacidad de pago de los habitantes Palmiranos.

Que ACUAVIVA con oficio GG.AA.AA.260.E/99 del 15 de junio de 1999 recibido en la Comisión el 16 de junio con radicación 2129, solicita concepto acerca de la posibilidad de que la Junta Directiva para "atemperar los ánimos y concertar una solución que satisfaga a ambas partes apruebe unos índices de crecimientos reales de las tarifas que penalicen significativamente el cumplimiento de la directriz de lograr las tarifas meta a diciembre del año 2001

como hoy es vigente o a diciembre del año 2004 como posiblemente se defina en un futuro cercano", reconociendo implícitamente que los costos de referencia de las fórmulas tarifarias presentadas, de todas maneras no corresponden a la realidad financiera de la empresa, lo cual tampoco puede desconocer la Comisión.

Que de igual manera, la Empresa señala que "las tarifas realmente aplicadas por ACUAVIVA en el momento distan enormemente de las tarifas meta, que obviamente bajo la afirmación anterior las tarifas reales aplicadas no garantizan la recuperación de todos los rubros en ellas involucrados (nuestra tarifa promedio real del año 1998 estuvo alrededor del 55% de la tarifa meta), lo cual podría asimilarse a una situación de insuficiencia financiera en la medida en que no se permite a la empresa la recuperación de la totalidad de los rubros involucrados en la tarifa y menos aún la real generación de recursos para el Fondo de Reposición de Activos", en franca contradicción con lo previsto para el período de transición, se reduciría a incumplir la ley.

Que mediante oficio UPRU-DIVISEP 000488 del 18 de junio de 1999, radicación CRA 2168 del mismo día, el Departamento Nacional de Planeación remitió mediante oficio los siguientes documentos relacionados con la solicitud:

- "Contrapropuesta presentada por la Administración Municipal de Palmira a la Comisión Conciliadora de ACUAVIVA S.A. E.S.P., LYSA, SAFEGE" del 27 de mayo de 1999, en la cual el Alcalde Municipal presenta la posición de la administración en lo pertinente a la propuesta conciliatoria remitida el 20 y 21 de mayo del presente año.
- Respuesta de ACUAVIVA y accionistas privados a la comunicación de la alcaldía de mayo 27, dirigida al Alcalde en la cual se presentan los términos de la contrapropuesta dentro del marco del proceso convenido entre los accionistas de ACUAVIVA y la Alcaldía el 9 de abril.
- Recorte de prensa del diario "El País" de junio 4 de 1999 en el cual se reseñan los principales puntos en discusión y la posibilidad de llegar a un acuerdo definitivo en relación con el contrato para el manejo de los servicios de acueducto y alcantarillado.
- Copia de documento preparado por LYSA (Lyonnaise des Eaux Services Associés) en el cual se presentan las características generales del Contrato de Operación para la Prestación de los Servicios Públicos de Acueducto y Alcantarillado del Municipio de Palmira, Colombia por la Empresa mixta ACUAVIVA S.A. E.S.P.

Que del análisis de la información y estado del proceso adelantado se tuvo que:

- Adicionalmente a la información aportada por la Empresa, la Alcaldía y el Concejo Municipal de Palmira atendiendo el Auto a Pruebas No. 2 de 1999 que expidió la Comisión, se recibió información por la misma Empresa y una de las entidades miembro de la Comisión, acerca de las gestiones locales que se adelantan entre la Empresa y la Alcaldía, para que por intermedio de la Junta Directiva se concilien algunos puntos substanciales en cuanto a las condiciones de operación y prestación de los servicios.
- En estas diligencias, adelantadas desde el 9 de abril de 1999, se están tratando aspectos cruciales que pueden ocasionar modificaciones substanciales en la estructura de costos base para calcular las tarifas meta y el plan de ajuste tarifario de acuerdo con las metodologías definidas por la Comisión y el marco legal y regulatorio vigente.
- Todos los aspectos incluidos en el proceso de negociación tienen relación directa con la estructura de costos de referencia a incluir en el cálculo de las

tarifas meta. Sin embargo, existen puntos sobre los cuales se pueden generar diferencias substanciales con respecto al contenido de la solicitud inicial de modificación de fórmulas tarifarias que cursa ante la Comisión, sobre los cuales no se tiene certeza absoluta de la forma en que harán parte o no de la estructura tarifaria que finalmente se acuerde aplicar en el municipio. Estos aspectos son:

- Inclusión o no del costo por el contrato de arrendamiento de la infraestructura existente, celebrado entre el municipio y la empresa ACUAVIVA. Adicionalmente, no se tiene certeza si como resultado del acuerdo el costo total corresponderá únicamente al valor del anticipo (\$7.000 millones) y ello a su vez convendría distribuirlo durante el período del contrato (15 años) mediante la estimación de una anualidad.
- Exclusión o no del costo por concepto de Impuesto de Industria y Comercio una vez la alcaldía y la empresa acuerden la exención que se discute en la negociación.
- Magnitud de la reducción en los costos a incluir en las tarifas por concepto de los ajustes que se realicen finalmente a los contratos suscritos entre ACUAVIVA y las firmas SAFEGE y LYSA.
- Efecto que se producirá en la reducción de los costos medios de administración y de operación para los años 1999, 2000 y 2001 por concepto de un eventual acuerdo para reducir gastos anuales como se propone en las diligencias.
- Aclarar si el resultado de la negociación que se obtenga en relación con la manera de cumplir la obra FODEX y la constitución del Fondo de Reposición de Activos implica replanteamiento de los costos que se deben incluir en la estructura para el cálculo de las tarifas.
- En relación con el proyecto de acuerdo entre la Empresa y el municipio sobre los incrementos reales anuales en las tarifas, conviene anotar que dentro del marco legal (Leyes 142 de 1994 y 286 de 1996) y la regulación de la Comisión, las entidades prestadoras de los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo deben alcanzar las tarifas meta resultantes de la aplicación de las metodologías de la Comisión a más tardar en diciembre del año 2001. En los términos en que se adelantan esas diligencias, se hace evidente que se puede configurar un posible incumplimiento del marco legal pues se propone alcanzar la tarifa meta en un lapso significativamente superior al que se ha previsto por la Ley.

Que la Comisión con base en el análisis de la solicitud y la información complementaria llegó a las siguientes conclusiones dentro de la solicitud de modificación de fórmulas tarifarias de los servicios de acueducto y alcantarillado presentada por la Empresa ACUAVIVA S.A. E.S.P.:

- La Comisión tuvo conocimiento de un hecho nuevo consistente en un proyecto de acuerdo para negociar las posiciones divergentes de accionistas de la Sociedad ACUAVIVA S.A. E.S.P. y que la naturaleza de tales puntos de acuerdo, así como su resultado implicaría modificaciones en la estructura de costos de la solicitud inicial presentada por la Empresa ante la Comisión.
- La empresa ha reconocido implícitamente que la información suministrada en el estudio de costos presentado con la solicitud de modificación de las fórmulas tarifarias, no responde a la realidad y por eso solicitaron concepto acerca de la viabilidad de una tarifa concertada entre la empresa y la administración municipal en el seno de la Junta Directiva, que es la autoridad tarifaria competente para autorizarlas.
- En consecuencia, por falta de precisión acerca del contenido de algunos conceptos de costos a incluir en la estructura sobre la cual debía pronunciarse finalmente la Comisión para resolver la solicitud se negó tal solicitud.
- La decisión que adoptara la Comisión para poner fin a la actuación administrativa por la cual se resolviera la solicitud de modificación de fórmulas tarifarias, conocida por los interesados que se constituyeron en parte en el proceso (municipio, Empresa, usuarios y personería municipal) sería desvirtuada con la decisión de la Junta Directiva de ACUAVIVA que se adoptara como resultado del proceso que actualmente adelantan la administración municipal y los socios privados de la Empresa.

Que una vez surtidos los trámites establecidos en las Resoluciones 26 de 1997 y 40 de 1998 y analizadas la solicitud, las modificaciones y las pruebas

aportadas, la Comisión adoptó una decisión que puso fin a actuaciones administrativas una vez determinadas la conducencia y procedencia de la modificación de las fórmulas tarifarias solicitadas por ACUAVIVA S.A. E.S.P.

Que la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico resolvió la solicitud de modificación de fórmulas tarifarias presentado por ACUAVIVA S.A. E.S.P. mediante Resolución 87 del 9 de Julio de 1999, negándola de acuerdo con las consideraciones expuestas.

Que ACUAVIVA S.A. E.S.P., dentro del término y con las formalidades legales previstas para el efecto, interpuso RECURSO DE REPOSICIÓN contra la Resolución 87 del 9 de Julio de 1999, aduciendo los argumentos que se señalan a continuación:

- Por no haberse concretado las conversaciones de concertación que adelantan la empresa y la administración municipal no se han concretado y en consecuencia no se deben tener en cuenta para la decisión de modificación de fórmulas tarifarias, por cuanto hasta el momento no es un hecho nuevo porque aún no se ha configurado.
- La información relacionada con costos, suministrada a la Comisión es precisa, en la medida en que no han concluido las conversaciones de concertación, las que, dice la empresa, "...una vez concluidas podrían arrojar en ese momento el resultado de una nueva realidad empresarial para ACUAVIVA S.A. E.S.P."
- Indica que la solicitud de modificación de fórmulas tarifarias presentada a consideración de la Comisión se fundamenta en hechos ciertos y vigentes en la fecha, toda vez que no se ha presentado ningún hecho nuevo que desvirtúe esa realidad
- Interpreta la decisión de la Comisión como la predicción de un resultado que no puede afirmarse por ninguna persona, que modifique la estructura de costos de la solicitud inicial.
- También manifiesta su desacuerdo con el Considerando vigésimo primero de la Resolución 87 de 1999, donde se afirma que ya se encontraba surtida la totalidad de los trámites, porque no se había ordenado un peritazgo que habían solicitado, para dirimir las posiciones adoptadas por las diferentes partes, los cuales debieron, en su opinión, ser designados en los términos del artículo 9º de la Resolución 26 de 1997.
- Finalmente comenta los argumentos de quienes se constituyeron en parte, que por ser irrelevantes para esta actuación no se analizan uno a uno, sino en su conjunto, dado que todos están bajo el común denominador de concebirse dentro del marco de las consecuencias políticas inherentes al incremento de las tarifas, resultado de la modificación de las fórmulas.

Que el análisis de esos argumentos merece los siguientes comentarios a la Comisión:

- El fundamento del recurso se puede reducir a que, según los argumentos del recurrente, la Comisión decidió con base en un "hecho nuevo" que aún que no se hubiera concretado no se podía considerar, consistente en el resultado de las concertaciones entre la empresa y la administración municipal.
- Al respecto se debe destacar que representantes de ACUAVIVA, y de los socios privados, presentaron los documentos aludidos por la Comisión al DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN, cuyo Director es miembro de la Comisión, por lo cual la información considerada para decidir en definitiva es perfectamente válida dada la fuente que la suministró, de tal forma que no se pueden aducir motivos ni posibles vicios que impidan tenerla en cuenta. Por el contrario se trata de información consistente, cierta, de la mejor fuente, que no permitía a la Administración dudar considerarla, por cuanto tiene incidencia determinante en las consecuencias de la decisión a tomar.
- La tesis del recurrente no puede ser acogida por cuanto el mismo señala, en diferentes partes del escrito, que la solicitud se fundamenta en hechos ciertos y vigentes y que de concretarse las conversaciones de concertación entre la administración municipal y la empresa, se desvirtuaría la solicitud inicial presentada a consideración de la Comisión.

- Con lo anterior se está dando la razón a la decisión adoptada por la Comisión, al aceptar implícitamente la validez de las consideraciones acogidas para decidir, porque se pregunta ¿Qué pasaría si se autoriza la modificación de las fórmulas tarifarias de ACUAVIVA S.A. E.S.P. y la concertación se concreta, ocasionando profundas diferencias con los costos presentados para la modificación? La respuesta inicial es muy sencilla, se tendría que iniciar un nuevo proceso de modificación de fórmulas, sobre la base de los nuevos costos, pero en el entre tanto ¿La empresa cobra las tarifas con los costos calculados, aún que ciertos y vigentes en el momento de la decisión, impropios en las nuevas circunstancias? Eso sería francamente injusto y por fuera de cualquier realidad, toda vez que esas diferencias difícilmente se podrían recuperar para los usuarios, que son quienes pagan el servicio.
- En este aparte es muy importante señalar que la Administración debe fallar atendiendo el mandato del artículo 228 de la Constitución Política, en el cual se ordena "La administración de justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho substancial...", lo que quiere decir que las decisiones de la Comisión se adoptarán, analizando el fondo de todos los elementos allegados para formar su criterio, y no solamente atendida a "hechos concretos y vigentes" que la llevarían a incurrir en inequidades, so pretexto de respetar una meras formalidades que de antemano se conoce lo efímero de su aplicación.
- El punto anterior, no se puede explicar dentro de un juzgamiento desarrollado atendiendo la sana crítica para considerar toda la información conocida antes de pronunciarse, quizás una determinación tan apegada al formalismo sólo se pueda dar bajo una interpretación exegética y descontextualizada.
- Adicional a lo anterior, la administración está en la obligación legal de adoptar sus decisiones tomando en consideración toda la información que conozca, es decir con todos los elementos de juicio que se hayan allegado, sin posibilidad de permitirse omitir la consideración de ninguno de ellos. Así, todos deben ser evaluados, mensurados e incorporados en el acervo, sobre el cual decide, tal como se indica en la Sentencia del 10 de Julio de 1991 de la sección segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Consejero Ponente Alvaro Lecomte Luna, Expediente 3011: "Es principio jurídico-procesal que las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica... porque, ha de recordarse o precisarse, las pruebas judiciales conducen, a través de la objetividad y de la abstracción, al establecimiento de aquellas realidades que han de conducir al Juez a sentenciar en uno u otro sentido. Las pruebas o medios probatorios, van a llevar al Juez a un convencimiento en torno a una conducta humana, a un acontecimiento, a un hecho voluntario o involuntario, a hechos o cosas materiales o inmateriales. Ese principio actual que lleva al convencimiento del Juez con base en la apreciación de conjunto y de acuerdo con las reglas de la sana crítica., es aplicable no solo al Juez en el sentido estricto o restringido del vocablo, al que administra la Justicia como funcionario, o como Corporación, de la rama jurisdiccional del poder público, sino también a quien, en virtud de sus atribuciones, haya de calibrar, de medir, de apreciar conductas humanas para decidir en uno u otro sentido..."
- En cuanto a la duda referente a la terminación de la totalidad de los trámites concernientes al proceso de modificación de fórmulas tarifarias, es de recordar que la Comisión en éstos actúa en condición similar a la del Juez, y es ella quien resuelve si las pruebas solicitadas son procedentes, conducentes y pertinentes, y en esa misma medida las ordena o no. En el caso particular del peritazgo solicitado por la Empresa, no se encontró precedente, por cuanto el punto a resolver se podía despejar por otros medios más ágiles y porque a la postre resultaba irrelevante dadas las circunstancias de las conversaciones de concertación, ya tantas veces mencionadas.

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO.- Confirmar en todas y cada una de sus partes la Resolución 87 del 9 de Julio de 1999.

ARTÍCULO SEGUNDO.- Notificar personalmente el contenido de la presente Resolución al Representante Legal de ACUAVIVA S.A. E.S.P., al Alcalde del municipio de Palmira, al Presidente del Concejo Municipal de Palmira, al Personero Municipal de Palmira y por medio de este Organismo, a los usuarios

que se constituyeron en parte dentro de la actuación, o a quienes hagan sus veces, entregándoles copia de la misma, y advirtiéndoles que contra ella no procede ningún recurso por la vía gubernativa, la cual se encuentra agotada.

ARTÍCULO TERCERO.- La presente Resolución rige a partir de su notificación.

La parte resolutive de esta Resolución debe ser publicada en la Gaceta del Ministerio de Desarrollo Económico.

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Santafé de Bogotá, D.C. a los

JAIME ALBERTO CABAL SANCLEMENTE
Presidente

ÁNGEL GUTIÉRREZ GARCÍA
Coordinador General

+

8-