Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio

República de Colombia

Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico

RESOLUCIÓN CRA 702 DE 2014

(12 de noviembre de 2014)

"Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Bogotá E.S.P. - EAB- en contra de la Resolución CRA 687 de 20 de junio de 2014".

LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BÁSICO

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

CONSIDERANDO

ANTECEDENTES.

En Sesión Extraordinaria de Comisión No. 4 de 20 de junio de 2014, se aprobó la Resolución CRA 687 de 2014 *"Por la cual se imponen las condiciones que deben regir el servicio de facturación conjunta del servicio público de aseo entre INTERASEO S.A. E.S.P. y la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Bogotá ESP".*

Mediante radicados CRA 2014-211-001976-1 y 2014-211-001977-1 de 2 de julio de 2014, se envió la citación a INTERASEO S.A. E.S.P. y la EAB ESP, respectivamente, para que comparecieran a notificarse personalmente de la citada resolución.

El 09 de julio de 2014 se efectuó la notificación personal a la solicitante, a través de la doctora KAREN PATRICIA MARTÍNEZ OSPINA, en calidad de apoderada de la sociedad, conforme con el poder conferido por el representante legal de INTERASEO S.A. E.S.P.

Por su parte, la potencial concedente fue notificada por aviso con el radicado CRA 2014-211-002108-1 de fecha 10 de julio de 2014, entregado personalmente en las oficinas de la EAB ESP el 16 de julio de 2014, notificación que se entiende surtida el día siguiente, vale decir, el 17 de julio de 2014, al tenor del artículo 69 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

A través del radicado CRA 201-4321-003361-2 de 31 de julio de 2014, la EAB ESP, por intermedio de apoderado, presentó recurso de reposición a fin de que se revoque la Resolución CRA 687 de 2014 y en su lugar se niegue la suscripción del convenio de facturación conjunta.

CONTENIDO DEL RECURSO DE REPOSICIÓN.

A continuación se presentan los argumentos que fundamentan el recurso de reposición presentado por la EAB ESP.

El apoderado judicial de la EAB ESP, doctor Guillermo Triana Serpa, conforme al poder conferido por el Director de la Oficina de Representación Judicial y Actuación Administrativa, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 76 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y dentro del término legal, presentó ante esta Comisión de Regulación, recurso de reposición contra la Resolución CRA 687 de 20 de junio de 2014, *"Por la cual se imponen las condiciones que deben regir el servicio de facturación conjunta del servicio público de aseo entre INTERASEO S.A. E.S.P. y la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Bogotá ESP".*

En el escrito expresó: *"(...) me dirijo a Usted, para presentar **RECURSO DE REPOSICIÓN** a fin que **SE REVOQUE** la Resolución No. 687 del 20 de junio de 2014, de la COMISIÓN DE REGULACIÓN DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BÁSICO y en su lugar de ordene su archivo".*

ARGUMENTOS DE LA RECURRENTE: EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ ESP

La recurrente fundamenta el recurso en las siguientes razones:

1. ***Límites del derecho a la libre competencia.***

"(...).

La Carta garantiza entonces la libertad de competencia en el mercado de los servicios públicos domiciliarios en igualdad de condiciones, sin embargo, no es un derecho absoluto como en forma reiterada lo ha sostenido la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en cuanto tiene sus límites en el principio de la primacía del interés general.

En efecto, el Estado al regular la actividad económica "cuenta con facultades para establecer límites o restricciones en aras de proteger la salubridad, la seguridad, el medio ambiente, el patrimonio cultural de la Nación, o por razones de interés general o bien común. En consecuencia, la autonomía de la voluntad y por tanto de empresa ya no se proyecta sobre el mercado con la absoluta disponibilidad y soberanía de antaño, sus limitaciones de derecho público o privado forman parte ya del patrimonio irreversible de la cultura jurídica contemporánea. Y, en tal sentido, no puede interpretarse que el mandato constitucional de la libertad de empresa comporta el desmantelamiento integral de todas esas restricciones y limitaciones"[2]. Es decir que, el derecho a la libertad de competencia debe atender a principios y derechos superiores, como los previstos en los artículos 365 a 370 de la Constitución Nacional.

Para esa Corporación "la restricción a esas libertades económicas es constitucional "si (i) se llevó a cabo por ministerio de la ley; (ii) respeta el "núcleo esencial" de la libertad de empresa; (iii) obedece al principio de solidaridad o a alguna de las finalidades expresamente señalada (sic) por la Constitución; y (iv) responde a criterios de razonabilidad y proporcionalidad en sentido lato."[3].

Ahora bien, por disposición expresa de la Constitución Política, en los artículos 311, numerales 1, 7 y 9 del artículo 313 y 367; del artículo 5 de la Ley 142 de 1994; del artículo 1º del Decreto 77 de 1987; del artículo 3 de la Ley 136 de 1994 "por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios", del artículo 4 del Decreto 1713 de 2002, el Municipio es el responsable de la prestación del servicio público domiciliario de aseo y este es el primer motivo de transgresión del acto administrativo recurrido, al invadir competencias descentralizadas y de orden local.

*Ello también se articula con el deber de la Administración Distrital de **"garantizar la prestación, coordinación, supervisión y control de los servicios de recolección, transporte, disposición final, reciclaje y aprovechamiento de residuos sólidos, la limpieza de vías y áreas públicas"** (Artículo 116 Acuerdo Distrital 257 de 2006), por lo que resulta claro que el Distrito se rige de manera general por las normas nacionales, pero de forma particular por el régimen especial (Decreto 1421 de 1993).*

En todo caso, las medidas tomadas por el Distrito obedecen al principio de solidaridad e igualdad[4], incluyendo a aquellos sujetos de especial protección, tal como lo son los miembros de la población recicladora, grupo social tradicionalmente marginado y discriminado, al que, en el esquema de prestación de servicio anterior a los pronunciamientos hecho (sic) por la corte, no se le reconocía la importante labor ambiental efectuada, y por lo contrario, eran excluidos del margen de legalidad en la prestación del servicio.

Resulta importante insistir en que un modelo de libre competencia puro y simple como el que pregona la CRA, hace muy difícil la remuneración vía tarifa de la labor del reciclaje, por no decir imposible, además de interferir con las órdenes emitidas por la Corte Constitucional y desde ese punto de vista la política del Distrito Capital es clara y ajustada al orden constitucional."

---

[2] Corte Constitucional Sentencia C-524 de 1995.
[3] Corte Constitucional Sentencia C-516 de 2004.
[4] El derecho a la igualdad está consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política desde dos perspectivas, la primera es la igualdad ante la ley, por la que gozamos de los mismos derechos y libertades, y debemos recibir la misma protección y trato de las autoridades; la segunda la igualdad material, según la cual, el Estado tiene la obligación de promover las condiciones necesarias que permitan que *"la igualdad sea real y efectiva"* y, para esto, *"adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados".*

2. ***La Resolución CRA 687 de 2014 desconoce el marco legal de prestación del servicio de aseo en Bogotá.***

"(…).
Como ha sido reiterado por la E.A.B. ESP., el Alcalde Mayor de la ciudad, expidió el Decreto 564 del 10 de diciembre de 2012 "Por medio del cual se adoptan disposiciones para asegurar la prestación del servicio público de aseo en el Distrito Capital en acatamiento de las órdenes impartidas por la Honorable Corte Constitucional en la Sentencia T-724 de 2003 y en los Autos números 268 de 2010, 275 de 2011 y 084 de 2012.".

Particularmente, en relación con los convenios de facturación conjunta, el artículo 13 del mencionado Decreto señaló:

> *"**ARTÍCULO 13º.- Facturación.** Las Empresas de Servicios Públicos de Bogotá D.C. **podrán realizar convenios de facturación conjunta con empresas privadas que hayan suscrito con el Distrito Capital contratos para la prestación del servicio público de aseo.** La Unidad Administrativa de Servicios Públicos – UAESP vigilará y controlará que las tarifas cumplan con las normas legales y **correspondan a servicios efectivamente prestados al usuario.**" (Subrayado y negrilla fuera del texto).*

En estricto cumplimiento de la referida disposición, resulta necesario que, previo a la celebración de un convenio de facturación conjunta, la Empresa de Servicios Públicos solicitante hubiere suscrito un contrato con el Distrito Capital. Si esto no ocurre, resulta ilegal lo pactado en el convenio por violación de las disposiciones legales que son de obligatorio cumplimiento, que su falta constituye una condición técnica insalvable".

3. ***De la primera condición técnica insalvable: la ausencia de cumplimiento del reglamento técnico, operativo, comercial y financiero.***

"(…).
En conclusión, todos y cada uno de estos requisitos técnicos son las innumerables condiciones técnicas insalvables para imponer un convenio a todas luces ilegal, ninguno de ellos acreditado por la solicitante y desconocidos por esa Comisión.".

4. ***De la segunda condición técnica insalvable: la ausencia de zonas de operación.***

"En cuanto a las zonas de operación y prestación, éstas se encuentran definidas en cada uno de los contratos existentes.

La ciudad se encuentra dividida de la siguiente manera que excluye a INTERASEO S.A. ESP.:

Empresa	***Localidades***
EAAB ESP (A través de Aguas de Bogotá S.A. E.S.P.)	*Chapinero-Barrios Unidos-Teusaquillo – Santa Fe-Candelaria-Mártires-San Cristóbal-Antonio Nariño-Usme-Rafael Uribe-Engativá-Fontibón*
Ciudad Limpia S.A. ESP	*Bosa-Kennedy*
LIME S.A. ESP	*Suba-Usaquén*
Consorcio Aseo Capital S.A. E.S.P.	*Puente Aranda-Ciudad Bolívar-Tunjuelito*

Es evidente la falta de este requisito técnico insalvable por parte de INTERASEO S.A., en donde imponer el Convenio de facturación conjunta crearía interferencias con los actuales operadores del sistema, lo que no puede ser la misionalidad de la CRA, afectando a los actuales operadores".

5. ***Ausencia del servicio público de aseo.***

"(…).
La condición prevista en la norma señalada (Art. 146 de la Ley 142 de 1994) *se refieren (sic) a la facturación para el cobro del SERVICIO, NO de un servicio inexistente, ausente, irreal, como es la imposición de la Resolución en donde la primera consideración de la solicitud de INTERASEO S.A., es la inexistencia de un servicio, un prestador que carece del cumplimiento de los permisos y obligaciones derivados del contrato exigido por el artículo 13 de (sic) Decreto 564 de 2012, en concordancia con los artículos 25 y 26 de la Ley 142 de 1994."*

6. ***De la tercera condición técnica insalvable: ausencia de catastro de usuarios y de***

D.P.

imposibilidad de la prestación del servicio público de aseo.

"(…).
Esto significa que, si bien la CRA se encuentra facultada para imponer los convenios, ***dicha facultad no es absoluta*** *toda vez que deben acreditarse determinados requisitos, entre los que se encuentran, contar con un CATASTRO DE USUARIOS, constituye exigencia técnica insalvable que INTERASEO S.A. ESP no ha acreditado en el trámite de la solicitud de convenio de facturación.*

En consecuencia, queda demostrado que el acto que impone el convenio de facturación conjunta con INTERASEO S.A. ESP (Resolución 687 de 2014) está viciado, ***EN CUANTO EXISTE IMPOSIBILIDAD TÉCNICA PARA QUE ESA EMPRESA PUEDA PRESTAR EL SERVICIO DE ASEO****, dado que no acreditó parte de los requisitos técnicos que exige la normatividad vigente en la materia, como son:*

i) tener un contrato con el Distrito, en el marco de lo establecido por el artículo 13 del Decreto 564 de 2012 y,
ii) contar con un catastro de usuarios.

Dado que el contrato con INTERASEO S.A. ESP finalizó y no se ha suscrito uno nuevo, sumado a que dicha empresa no cuenta con usuarios a los que les pueda prestar el servicio puesto ***que la totalidad de éstos en la ciudad de Bogotá se encuentra cubierta en el actual esquema transitorio,*** *por sustracción de materia (usuarios) no puede pretenderse la suscripción de un convenio cuyo objeto es la facturación del servicio prestado a determinados usuarios, cuando estos no existen, cuando no hay quien se beneficie de dicha prestación, ni tiene objeto hacerlo, es el cumplimiento de un imposible cuando no existen usuarios, catastro, ni la prestación del servicio público tantas veces defendido.*

(…).

Así las cosas, las condiciones particulares en las que actualmente se presta el servicio en Bogotá, generan razones técnicas insalvables que impiden celebrar convenio de facturación conjunta con INTERASEO S.A. ESP, como por ejemplo, la ausencia de usuarios sobre los cuales se va a prestar el servicio y por consiguiente la inexistencia de la facturación."

7. Violación del artículo 26 de la Ley 142 de 1994.

"La aplicación de la Resolución 687 de 2014 no sólo invade el ámbito Municipal al imponer un convenio por encima de la autonomía y descentralización existente, sino que, ignora el cumplimiento por parte del solicitante de los requisitos y exigencias del artículo 26 de la Ley 142 de 1994, que exige el cumplimiento de normas municipales sobre planeación, circulación, espacio público, seguridad que la CRA no se ha detenido a considerar y que INTERASEO S.A. no cumple en la presente solicitud, lo que constituye otra condición técnica insalvable, incumplida por el solicitante y así solicito declarar."

8. Aplicación íntegra del artículo 4 del Decreto 2668 de 1999 en la Resolución CRA 687 de 2014.

"En la hoja No. 5 "ANÁLISIS JURÍDICO Y TÉCNICO DE LOS ASPECTOS RELACIONADOS CON EL SERVICIO DE FACTURACIÓN CONJUNTA.", se hace una transcripción de los argumentos jurídicos por los cuales la E.A.B. ESP., se opone a la suscripción del convenio de facturación conjunta con INTERASEO S.A. ESP., soportado en la ausencia de cumplimiento del artículo 13 del Decreto 564 de 2012 y su presunción de legalidad, para lo cual el Acto administrativo en referencia, se soporta en que solo es posible abstenerse de suscribir el convenio en aplicación de norma vigente artículo 4 del decreto 2668 de 1999, "…es obligatorio para las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios facturar los servicios de alcantarillado y aseo, como también suscribir el convenio de facturación conjunta, salvo que existan razones técnicas insalvables comprobables que justifiquen la imposibilidad de hacerlo.", (hoja 7), por lo cual, es claro que sin catastro de usuarios, zona de operación, cumplimiento del reglamento técnico, existe una imposibilidad técnica y jurídica para no hacerlo, sencillamente no existe el servicio público domiciliario a que aduce el solicitante.

Interpretación diferente como la dada en la Resolución 687/ 14, es ilegal, es violatoria del artículo 4 citado y del numeral 4.1. de la RESOLUCIÓN UAESP 365 DE 2013 "Por el cual se adopta el Reglamento Técnico y Operativo, Comercial y Financiero para la prestación, gestión y operación el servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá D.C."

TRASLADO DEL RECURSO DE REPOSICIÓN.

Mediante radicado CRA 2014-211-002462-1 de 11 de agosto de 2014, se dio traslado del recurso de reposición interpuesto por la EAB ESP a la empresa INTERASEO S.A E.S.P., por el término de cinco (5) días hábiles, comunicación que fue recibida por ésta el día 19 de agosto de 2014, sin que emitiera pronunciamiento alguno.

PERÍODO PROBATORIO

En atención a la solicitud probatoria de la EAB ESP en su recurso de reposición, mediante Auto No. 001 de 1° de septiembre de 2014, se decretaron las siguientes pruebas:

> *"**ARTÍCULO SEGUNDO.- ORDENAR** la práctica de las pruebas solicitadas por el apoderado de la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Bogotá ESP y en ese sentido:*
>
> - *Oficiar a la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos de la Alcaldía Mayor de Bogotá, a la Calle 52 Nro. 13-64. Pisos 3, 4, y 6 de Bogotá, para que envíe a esta Entidad, copia de la Resolución UAESP 365 DE 2013 "Por la cual se adopta el Reglamento Técnico y Operativo, Comercial y Financiero para la prestación, gestión y operación del servicio públicos de aseo en la ciudad de Bogotá D.C..."*
>
> ***ARTÍCULO TERCERO.- INCORPORAR** al expediente de la presente actuación administrativa las pruebas documentales aportadas por la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Bogotá ESP en el recurso de reposición contra la Resolución CRA 687 de 2014, con radicado 2014-321-003361-2 de 31 de julio de 2014.*
>
> ***ARTÍCULO CUARTO.- OFICIAR** a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios para que informe a esta Comisión de Regulación, si la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Bogotá ESP, en cumplimiento del artículo 4 del Decreto 2668 de 1999, alegó y justificó ante dicha Entidad, razones técnicas insalvables comprobables, que le impidan facturar conjuntamente el servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá."*

Mediante radicados CRA 2014-211-002859-1 y CRA 2014-211-002858-1 de fecha 10 de septiembre de 2014, se comunicó el auto de pruebas a INTERASEO S.A. E.S.P. y a la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Bogotá ESP, respectivamente.

Igualmente, a través de los radicados CRA 2014-211-002856-1 y 2014-211-002857-1 de la misma fecha, se solicitó a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y a la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos del Distrito -UAESP-, que allegaran la información decretada en el Auto de pruebas.

El período probatorio decretado en el Auto No. 001 de 2014 fue de 15 días hábiles contados a partir de la comunicación de dicho Auto a los representantes legales de la EAB ESP y de INTERASEO S.A. E.S.P., las cuales se efectuaron los días 12 y 15 de septiembre de 2014, respectivamente.

Posteriormente, mediante Auto No. 002 de 7 de octubre de 2014, se prorrogó el período probatorio por 15 días hábiles más, de conformidad con lo previsto en el artículo 79 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, período que vencía el 11 de noviembre de 2014, teniendo en cuenta la última fecha de entrega de la comunicación del auto de pruebas, efectuada el 21 de octubre de 2014 a INTERASEO S.A. E.S.P.

Mediante radicado CRA 2014-321-004523-2 de 15 de octubre de 2014, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios dio respuesta a los requerimientos efectuados por esta Comisión, manifestando que *"(...) una vez se verificó el expediente virtual de la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Bogotá ESP., se encontró que esta última no presentó ante esta Superintendencia las razones técnicas insalvables comprobables que justifiquen la imposibilidad de suscripción del convenio de facturación conjunta".*

Posteriormente y con radicado CRA 2014-321-004588-2 de 17 de octubre de 2014, la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos, a través de la Subdirección de Recolección, Barrido y Limpieza, remitió como respuesta a los requerimientos realizados por esta Comisión, copia digital de la Resolución UAESP No. 365 de 2013 *"Por la cual se adopta el Reglamento Técnico y Operativo, Comercial y Financiero para la prestación, gestión y operación del servicio públicos de aseo en la ciudad de Bogotá D.C., en sus componentes de recolección, transporte, barrido y limpieza de vías y áreas públicas, corte de césped, poda de árboles en áreas públicas y transporte de los residuos al sitio de disposición final, y todas las actividades de orden financiero, comercial, técnico, operativo, educativo y administrativo que eso conlleva".*

D.P.

ANÁLISIS DEL RECURSO DE REPOSICIÓN.

Competencia de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico.

La Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, analizó la solicitud de INTERASEO S.A. E.S.P., radicada en la entidad bajo el consecutivo CRA 2014-321-000926-2 del 03 de marzo de 2014, mediante la cual presentó *"SOLICITUD DE FACTURACIÓN CONJUNTA A LA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ – AVANCES PROCESO DE NEGOCIACIÓN DIRECTA – SOLICITUD IMPOSICIÓN CONDICIONES DEL SERVICIO DE FACTURACIÓN CONJUNTA".*

El marco normativo que a continuación se describe, es aquel que se relaciona de forma directa con el procedimiento que se adelanta y en virtud del cual la Comisión deriva su competencia para resolver el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución CRA 687 de 2014, *"Por la cual se imponen las condiciones que deben regir el servicio de facturación conjunta del servicio público de aseo entre INTERASEO S.A. E.S.P. y la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Bogotá ESP".*

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

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

En este sentido, es pertinente señalar que por regulación de los servicios públicos, se entiende la facultad de dictar normas de carácter general o particular en los términos de la Constitución y de la ley, para someter la conducta de las personas que prestan los servicios públicos domiciliarios a las reglas, normas, principios y deberes establecidos por la ley y los reglamentos[5].

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

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

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

A su turno, el numeral 73.21 de la Ley 142 de 1994 dispone que corresponde a las Comisiones de Regulación señalar, de acuerdo con la ley, *"(...) criterios generales sobre abuso de posición dominante en los contratos de servicios públicos, y sobre la protección de los derechos de los usuarios en lo relativo a facturación, comercialización y demás asuntos relativos a la relación de la empresa con el usuario".*

De otra parte, conforme con el inciso 7 del artículo 146 de la Ley 142 de 1994, *"... Las empresas podrán emitir factura conjunta para el cobro de los diferentes servicios que hacen parte de su objeto y para aquellos prestados por otras empresas de servicios públicos, para los que han celebrado convenios con tal propósito(...)".* Para el efecto, el parágrafo del artículo mencionado establece que *"La comisión de regulación respectiva, en un plazo no superior a tres años a partir de la vigencia de la presente ley, reglamentará los aspectos relativos a éste artículo con el fin de evitar traumatismos en la prestación de los servicios objeto de esta ley".*

Por su parte, el artículo 147 ibídem señala *"(...) En las facturas en las que se cobren varios servicios, será obligatorio totalizar por separado cada servicio, cada uno de los cuales podrá ser pagado independientemente de los demás con excepción del servicio público domiciliario de aseo y demás servicios de saneamiento básico....",* y el parágrafo de la citada disposición establece que *"cuando se facturen los servicios de saneamiento básico y en particular los de aseo público y alcantarillado, conjuntamente con otro servicio público domiciliario, no podrá cancelarse este último con independencia de los servicios de saneamiento básico, aseo o alcantarillado, salvo en*

[5] Ley 142 de 1994, artículo 14, numeral 18.

aquellos casos en que exista prueba de mediar petición, queja o recurso debidamente interpuesto ante la entidad prestataria del servicio de saneamiento básico, aseo o alcantarillado".

En tanto que, el artículo 148 de la Ley 142 de 1994, indica que los requisitos formales de las facturas serán los que determinen las condiciones uniformes del contrato, pero contendrán, como mínimo, información suficiente para que el suscriptor o usuario pueda establecer con facilidad si la empresa se ciñó a la ley y al contrato al elaborarlas, cómo se determinaron y valoraron sus consumos, cómo se comparan estos y su precio con los de períodos anteriores, el plazo y modo en el que debe hacerse el pago.

Ahora bien, el Decreto 2668 de 24 de diciembre de 1999, reglamentario de los numerales 11.1 y 11.6 del artículo 11 y del artículo 146 de la Ley 142 de 1994, dispone en su artículo 2, respecto de la liquidación del servicio de facturación, que *"(...) las entidades prestadoras de los servicios públicos domiciliarios sólo podrán cobrar a la empresa solicitante del servicio de facturación conjunta, el valor de los costos directos marginales que signifique la incorporación de la facturación del servicio de aseo y alcantarillado generados por causa de la modificación del sistema existente. La determinación de dichos costos, se hará con base en los análisis de costos unitarios*".

A su turno, el artículo 4 del mencionado Decreto, estableció que es: "*obligatorio para las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios facturar los servicios de alcantarillado y aseo, suscribir el convenio de facturación conjunta, distribución y/o recaudo de pagos; así como garantizar la continuidad del mismo, si son del caso, salvo que existan razones técnicas insalvables, comprobables que justifiquen la imposibilidad de hacerlo. Esta justificación se acreditará, ante la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios".*

"El prestador que asuma estos procesos, por libre elección del prestador del servicio de aseo y/o alcantarillado, no podrá imponer condiciones que atenten contra la libre competencia ni abusar de una posible posición dominante".

Luego, fue expedido el Decreto 1987 del 2 de octubre de 2000, reglamentario del artículo 11 de la Ley 142 de 1994, el cual contiene disposiciones de carácter especial relacionadas con la facturación conjunta que deberán ser atendidas por las personas prestadoras de los servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado y aseo, correspondiéndole a la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico la función de regular *"(...) las condiciones generales y particulares con arreglo a las cuales las empresas concedentes y solicitantes deberán celebrar los convenios de que trata el artículo segundo de esta disposición*".

Posteriormente el Gobierno Nacional expidió el Decreto 2981 de 20 de diciembre de 2013, "Por el cual se reglamenta la prestación del servicio público de aseo" y dispuso en el artículo 97, que "*quienes presten cualquiera de los servicios públicos a los que se refiere la Ley 142 de 1994, prestarán oportunamente el servicio de facturación conjunta a las personas prestadoras del servicio de aseo, reconociendo por tal actividad el costo de estas más una utilidad razonables.*"

En virtud de las disposiciones señaladas y en ejercicio de sus facultades legales, la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico expidió la Resolución CRA 145 de 2000 "*Por la cual se establecen las condiciones generales y particulares con arreglo a las cuales las empresas de servicios públicos de acueducto y saneamiento básico deben celebrar los convenios de facturación conjunta, distribución de ésta y/o recaudo de pago, y se dictan otras disposiciones*", incorporada en las secciones 1.3.22 y 1.3.23 de la Resolución CRA 151 de 2001, complementada y modificada por la Resolución CRA 422 de 2007.

En consecuencia, en los convenios de facturación conjunta, las partes, acordarán en ejercicio del principio de autonomía de la voluntad, las condiciones técnicas, económicas y jurídicas que regirán su vínculo contractual. Para el efecto, la sección 1.3.22.1 de la Resolución CRA 151 de 2001, adicionado por el artículo 1 de la Resolución CRA 422 de 2007, establece las condiciones mínimas que debe contener dicho convenio.

En la Resolución CRA 422 de 2007, se establecieron las directrices que deben adelantar las actuaciones tendientes a que la CRA conozca, a través de las personas prestadoras, las negociaciones que se surtan entre ellas para que, en caso de no llegar a un acuerdo voluntario, se impongan las condiciones particulares del servicio de facturación conjunta.

Por lo anterior, en los convenios de facturación conjunta, las partes deben acordar, en ejercicio del principio de autonomía de la voluntad, las condiciones técnicas, económicas y jurídicas que regirán su vínculo contractual y para el efecto, en la sección 1.3.22.1 de la Resolución CRA 151 de 2001, adicionado por el artículo 1 de la Resolución CRA 422 de 2007, se establecen las condiciones mínimas que debe contener dicho convenio.

Sin embargo, la Comisión de Regulación en ejercicio de la facultad establecida en el numeral 5 del artículo 1.3.22.3., interviene para establecer las condiciones previstas en la regulación, sobre la cuales la potencial persona concedente y la potencial persona solicitante, no lograron acuerdo.

Así las cosas, la Comisión impone las condiciones frente a las cuales las empresas no hayan logrado un acuerdo, tal y como en efecto lo establece el numeral 5 del artículo 1.3.22.3 que a la letra reza:

D.R.

> *"5. Imposición de las condiciones del servicio de facturación conjunta. Cumplidos los plazos señalados, en el evento de no suscribirse convenio de facturación conjunta, la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, previa solicitud de parte, fijará mediante acto administrativo, las condiciones que debe regir el servicio de facturación conjunta. La resolución motivada será expedida en un plazo no mayor a treinta (30) días calendario, contados a partir de la presentación de la solicitud, siempre y cuando se dé cumplimiento en su totalidad a lo establecido en el numeral 4 del presente artículo."*

Como lo señala la norma, la imposición de las condiciones del servicio de facturación conjunta se efectuará siempre y cuando se dé cumplimiento a los requisitos señalados en el numeral 4 del artículo segundo en cuestión y se haya dado estricto cumplimiento a los numerales precedentes, y que le permitan a la CRA contar con la información necesaria para emitir el acto administrativo en el marco de los principios de la función administrativa.

Debe advertirse que la facultad de la CRA tiene como finalidad imponer las condiciones que deben regir el convenio cuando las partes no logran llegar a un acuerdo. En consecuencia, la CRA al fijar las condiciones particulares que deben regir el servicio de facturación conjunta, debe respetar los acuerdos alcanzados por las partes en la etapa de negociación, siempre y cuando estos se ajusten a la Ley.

En virtud de lo anterior, y en atención a la solicitud formal del servicio de facturación conjunta efectuada por INTERASEO S.A. E.S.P., esta Comisión de Regulación profirió la Resolución CRA 687 de 20 de junio de 2014, frente a la cual se interpuso recurso de reposición, el cual es objeto de estudio en la presente instancia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 80 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

ANÁLISIS DE LA CRA RESPECTO DE LOS ARGUMENTOS DE INCONFORMIDAD DE LA RECURRENTE.

1. *Límites del derecho a la libre competencia.*

En atención al argumento expuesto en el recurso, se debe señalar lo siguiente:

Tal y como se indicó en la resolución recurrida, el artículo 333 de la Constitución Política establece que la actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común, que para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley y que la libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. Finalmente indica que será a través **de la Ley que se delimitará el alcance de la libertad económica** cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.

En concordancia con lo anterior, el artículo 365 de la Constitución dispone:

> "*Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita."*

En ese orden, como lo señala la Carta Política, puede decirse que dicho texto refleja la importancia que el constituyente le otorgó a los servicios públicos dentro del Estado Social de Derecho y así lo reconoció la Corte en la sentencia C-247 de 1997, donde consagró:

> *"El Constituyente de 1991 concibió la prestación de los servicios públicos como una función inherente a los fines del Estado Social de Derecho (CP, Artículo 365), con el deber correlativo de una realización eficiente para todos los integrantes del territorio nacional, dada la estrecha vinculación que los mismos mantienen con la satisfacción de derechos fundamentales de las personas, con la vida y la salud. Dicha prestación debe adelantarse bajo un régimen jurídico determinado por el legislador (CP, Artículo 150-23) acorde con las necesidades de la comunidad y dentro de nueva perceptiva expansionista del ámbito tradicionalmente estatal de ejecución de actividades que comprenden servicios públicos, permitiendo la participación de las comunidades organizadas y de los particulares."*

Igualmente, la Constitución en su artículo 367 dispone:

> "*La ley fijará las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos domiciliarios, su cobertura, calidad y financiación, y el régimen tarifario que tendrá en cuenta además de los criterios de costos, los de solidaridad y redistribución de ingresos.*".

Quiere lo anterior indicar que ciertamente el derecho a la libre competencia no es un derecho absoluto, pero las limitaciones que éste pueda tener únicamente estarán previstas en la ley, y, como se verá a continuación, en materia de servicios públicos, la Ley 142 de 1994 estableció cómo único mecanismo para limitar la competencia en el mercado, la figura de las áreas de servicio exclusivo.

Así mismo, el artículo 10 de la Ley 142 de 1994 "*Por lo cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones*", establece la libertad de empresa, señalando que es derecho de todas las personas organizar y operar empresas que tengan por objeto la prestación de los servicios públicos, dentro de los límites de la Constitución y la ley.

No obstante lo anterior, se debe tener en cuenta que el artículo 40 de la Ley 142 de1994 dispone que por motivos de interés social y con el propósito de que la cobertura de los servicios públicos, entre los cuales se encuentra el de aseo, la autoridad territorial competente, podrá establecer mediante invitación pública, áreas de servicio exclusivo, en las cuales podrá acordarse que ninguna otra empresa pueda ofrecer los mismos servicios en la misma área durante un tiempo. Para lo cual, deberá cumplirse con el procedimiento allí establecido. 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".*

También, la Corte Constitucional en Sala de Revisión de Tutelas, mediante Sentencia T-021 de 20 de enero de 2005, indicó:

> *"Sin embargo, para que una entidad territorial pueda establecer un área de servicio exclusivo, según el parágrafo primero del artículo 40 de la Ley 142 de 1994 y el artículo 4º del Decreto 891 de 2002, ésta debe, antes de dar inicio a la respectiva licitación pública, solicitar a la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico CRA, la verificación de los motivos que permiten la creación de este tipo de áreas, a partir de estudios que demuestren que el establecimiento de las mismas constituye el mecanismo más apropiado para asegurar la viabilidad financiera de la extensión de la cobertura a las personas de menores ingresos".*

Lo anterior, lleva a la conclusión de que sólo mediante áreas de servicio exclusivo constituidas conforme con el procedimiento del artículo 40 de la Ley 142 de 1994, desarrollado por la Resolución CRA 151 de 2001 en sus artículos 1.2.1.1 y siguientes, es posible restringir el acceso a una zona geográfica a los demás prestadores a favor de otro u otros, esto es, la libre competencia y en la medida en que en el Distrito no hay áreas de servicio exclusivo vigentes, cualquier operador que cumpla con lo previsto en la ley, puede entrar libremente a competir en el mercado de aseo de la ciudad. La ley solo prevé las áreas de servicio exclusivo para limitar el derecho a la libre competencia en materia de servicios públicos.

D.P.

En efecto, el artículo 15 de la Ley 142 de 1994 determina quiénes son las personas autorizadas por la misma para la prestación de los servicios públicos domiciliarios, citando en primer lugar a las empresas de servicios públicos. Teniendo en cuenta que INTERASEO S.A. E.S.P, está constituida como una empresa de servicios públicos, resulta evidente que la misma está legitimada para prestar el servicio de aseo en el Distrito Capital, toda vez que no existen áreas de servicio exclusivo.

Por lo tanto, de conformidad con lo establecido en la Constitución Política de 1991, es el legislador quien debe formular las normas básicas relativas a la naturaleza, la extensión y la cobertura del servicio público, su carácter de esencial, los sujetos encargados de su prestación, las condiciones para asegurar la regularidad, la permanencia, la calidad y la eficiencia en su prestación, las relaciones con los usuarios, sus deberes y derechos, el régimen tarifario, y la manera cómo el Estado ejerce la inspección, el control y la vigilancia para asegurar su prestación eficiente y su regulación.

Entonces, es claro que la Constitución y la Ley garantizan la libre competencia, y es la misma Ley la que establece que no se podrán exigir permisos previos ni requisitos, que no estén contemplados en ella, por lo cual, no es posible que esta Comisión ni ninguna otra autoridad, pueda exigir requisitos diferentes a los que para el efecto establece la Ley.

Aunado a lo anterior, vale la pena citar al Consejo de Estado, que en Sentencia de 14 de junio de 2001 reconoció:

> *"En sentir de esta Sala, la obligación para las entidades prestadoras de otros servicios públicos domiciliarios de prestar a las de aseo y alcantarillado el servicio de facturación, salvo que medien razones técnicas insalvables comprobables – ante la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios - que justifiquen la imposibilidad de hacerlo; el deber de suscribir el convenio de facturación conjunta, distribución y/o recaudo de pagos; y de asegurar su continuidad; la consiguiente prohibición de dar por terminados los convenios de facturación conjunta vigentes, mientras no se garantice la celebración de un nuevo contrato de facturación conjunta con otra empresa prestadora de servicios públicos (artículo 2º., parágrafo 2º.; artículo 3º., parágrafos 1º. y 2º. y artículo 4º.) ; la prohibición de cobrar conceptos distintos de los costos directos marginales ocasionados por la incorporación de la facturación del servicio de aseo y alcantarillado, así como el deber de determinar los costos con base en los análisis de costos unitarios (artículo 2º.), constituyen concreción constitucionalmente válida de los límites impuestos a la autonomía privada, a la libre actividad económica y a la iniciativa privada en aras de la prevalencia del interés general y el bien común (artículo 333 C.P.). Asimismo, tienen fundamento en la función social de la empresa y de la finalidad social inherente a los servicios públicos domiciliarios, cuya prestación, especialmente tratándose de servicios básicos -agua potable, aseo público y alcantarillado- constituye principalísimo deber del Estado (artículos 1º., 2º., 333, 334 y 365 a 370 C.P.)"*[6].

Es así como esta Comisión debe reiterar que tal como lo dispone el artículo 4 del Decreto 2668 de 1999, salvo motivos de orden técnico insalvables y debidamente verificados por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, un prestador de acueducto no puede negarse a suscribir un convenio de facturación conjunta con un prestador de aseo, de suerte que en el evento que éstos no logren ponerse de acuerdo, será la CRA quien, conforme con lo previsto en la Resolución CRA 422 de 2007, previa solicitud de parte, fijará mediante acto administrativo, las condiciones que deben regir el servicio de facturación conjunta.

Ahora bien, en relación con lo señalado por la EAB E.S.P. respecto de que *"un modelo de libre competencia puro y simple como el que pregona la CRA, hace muy difícil la remuneración vía tarifa de la labor del reciclaje, por no decir imposible, además de interferir con las órdenes emitidas por la Corte Constitucional"*, se debe reiterar lo que en múltiples ocasiones ha afirmado esta Comisión, esto es, que desde el año 2005, la metodología tarifaria vigente contenida en las Resoluciones CRA 351 y 352 de 2005, permite remunerar la actividad de aprovechamiento en el marco del servicio público de aseo, y el Distrito puede incluir a esta población, a través de (i) remuneración de las toneladas de residuos sólidos que hayan sido dispuestas en el sitio de aprovechamiento, de acuerdo con lo establecido en el artículo 17 de la Resolución CRA 351 de 2005; (ii) inclusión de las toneladas de residuos sólidos aprovechables que hayan sido recolectadas y transportadas; y (iii) por ser una metodología de precio-techo se puede reducir tarifas trasladando las ganancias en eficiencia a los usuarios que hagan separación en la fuente, de acuerdo con lo establecido en el artículo 39 de la Resolución CRA 351 de 2005.

Se debe precisar que, mediante comunicación con radicado CRA 2013-401-002032-1 de fecha 30 de abril de 2013 dirigida a la EAB E.S.P., esta Comisión informó detalladamente esta forma de remunerar la actividad de aprovechamiento en el marco del servicio público de aseo con base en la regulación actual.

En consideración a todo lo anterior, este argumento no está llamado a prosperar.

---

[6] Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera Rad 11001-03-24-000-2000-6421-01(6421) CP Camilo Arciniegas Andrade.

2. La Resolución CRA 687 de 2014 desconoce el marco legal de prestación del servicio de aseo en Bogotá.

Como se expuso en el numeral anterior, es mediante ley que se establecen las normas básicas que regulan la prestación de los servicios públicos. Dado que el Decreto 2668 reglamentario de la Ley 142 de 1994 señala como una obligación de las empresas prestadoras, la de facturar conjuntamente los servicios prestados cuando exista solicitud por parte de otra prestadora; obligación de la que se deriva la competencia de la CRA de imponer las condiciones que deben regir el convenio de facturación conjunta entre dos prestadores, cuando éstos no hayan logrado ponerse de acuerdo y uno de ellos haya solicitado la intervención de la entidad, la resolución impugnada, al ser expedida con base en dicha facultad, de ninguna manera desconoce el marco legal, pues por el contrario, lo desarrolla cabalmente.

Al hacer uso de la facultad otorgada por el legislador, esta Entidad tiene que observar las reglas que para el efecto se encuentran establecidas en la Ley 142 de 1994 y demás normas concordantes previstas dentro del mismo marco legal.

Aunado a ello hay que reiterar que el Distrito no cuenta con áreas de servicio exclusivo, conforme con lo dispuesto por el artículo 40 de la Ley 142 de 1994, por manera que sobre el principio de "libre entrada al mercado", ésta Comisión a falta de acuerdo entre las partes, procedió a imponer las condiciones del servicio de facturación conjunta, lo que significa que se observó y respetó el marco legal. Lo dicho, máxime si se tiene en cuenta que a partir de la expedición de la Resolución UAE – CRA 248 de 22 de mayo de 2013, por medio de la cual se aceptó el desistimiento solicitado por la UAESP frente a una solicitud de verificación de motivos de áreas de servicio exclusivo realizada por dicha unidad en el año 2012, ni el Distrito, ni la citada unidad han vuelto a radicar ante esta Comisión una solicitud en dicho sentido.

Así las cosas, la prueba documental aportada por la recurrente consistente en copias de contratos interadministrativos, contratos de operación y el Decreto 564 de 2012, así como la allegada por la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos, a través de la Subdirección de Recolección, Barrido y Limpieza, correspondiente a la Resolución UAESP No. 365 de 2013 "*Por la cual se adopta el Reglamento Técnico y Operativo, Comercial y Financiero para la prestación, gestión y operación del servicio públicos de aseo en la ciudad de Bogotá D.C., en sus componentes de recolección, transporte, barrido y limpieza de vías y áreas públicas, corte de césped, poda de árboles en áreas públicas y transporte de los residuos al sitio de disposición final, y todas las actividades de orden financiero, comercial, técnico, operativo, educativo y administrativo que eso conlleva",* no permite a esta Entidad variar el criterio plasmado en la Resolución CRA 687 de 2014.

Lo anterior, por cuanto dichas pruebas no ofrecen la aptitud de pertinencia que se requiere, entendido este atributo probatorio como "*la necesaria relación que debe haber entre la prueba propuesta y los hechos que se debaten.*"[7]

La Resolución CRA 687 de 2014, con fundamento en el marco legal expuesto, impuso las condiciones que deben regir el servicio de facturación conjunta del servicio público de aseo entre INTERASEO S.A. E.S.P. y la EAB ESP, al encontrar que la potencial concedente no acreditó ante la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (tal y como esta entidad manifestó) razones técnicas insalvables que imposibilitaran la realización del convenio de facturación conjunta, siendo ésta la única razón admisible para oponerse al convenio.

Así las cosas las pruebas aportadas por la recurrente, no guardan ninguna relación para sustentar lo contrario, vale decir, que la EAB sí hubiere justificado las condiciones técnicas insalvables ante la SSPD.

En consideración a todo lo anterior, este argumento no está llamado a prosperar.

3. De la primera condición técnica insalvable: la ausencia de cumplimiento del reglamento técnico, operativo, comercial y financiero.

4. De la segunda condición técnica insalvable: la ausencia de zonas de operación.

6. De la tercera condición técnica insalvable: ausencia de catastro de usuarios y de imposibilidad de la prestación del servicio público de aseo

Por tener estos argumentos, como común denominador la proposición de "*condiciones técnicas insalvables*", su análisis se hará en conjunto.

De acuerdo con el Decreto 2668 de 1999 *"Por el cual se reglamentan los artículos 11 en los numerales 11.1, 11.6 y 146 de la Ley 142 de 1994"* "*es obligatorio para las entidades prestadoras de servicios públicos*

[7] Corte Suprema de Justicia, Cas Penal Rad 32.792 Auto del 23-03-10.

D.P.

domiciliarios facturar los servicios de alcantarillado y aseo, como también suscribir el convenio de facturación conjunta, salvo que existan razones técnicas insalvables comprobables que justifiquen la imposibilidad de hacerlo. Dicha justificación debe ser acreditada por la empresa concedente ante la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios."

Con base en la norma transcrita, es claro que la única razón que puede esgrimir una empresa de acueducto para no suscribir el convenio de facturación conjunta es que existan razones técnicas insalvables comprobables que justifiquen la imposibilidad de hacerlo, lo cual debe ser acreditado por la empresa ante la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios – SSPD.

Al respecto, la SSPD en concepto 397 de 2008, al atender una consulta relacionada con los convenios de facturación conjunta indicó:

> *"La regulación, con el fin de determinar si de conformidad con lo establecido en el artículo 4 del Decreto 2668 de 1999 existen razones técnicas insalvables para la facturación conjunta, expidió la Resolución CREG 006 de 2000 la cual dispuso en su artículo 3, que las empresas prestadoras de los servicios públicos domiciliarios de energía eléctrica y gas combustible deberán exigir a las empresas que solicitan la facturación conjunta, anexar la siguiente información:*
>
> - *Estudio de rotación de cartera de la empresa solicitante;*
> - *Estudio de compatibilización de predios a facturar;*
> - *Información completa sobre el número de usuarios a facturar y detalle completo de los mecanismos o parámetros de determinación del consumo de conformidad con lo establecido en el Artículo 144 de la Ley 142 de 1994.*
>
> *Si del análisis de la información antes señalada, se encuentra que se presenta cualquiera de las siguientes condiciones, se entenderá que existen razones técnicas insalvables, las cuales deberán ser acreditadas ante la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios por la empresa que recibió la solicitud:*
>
> *a) Que la rotación de cartera de la empresa solicitante sea mayor que la de la empresa distribuidora-comercializadora o comercializadora de electricidad o gas combustible que recibió la solicitud.*
>
> *b) Que el número de usuarios de la empresa solicitante sea mayor que los atendidos y facturados por la empresa que recibió la solicitud.*
>
> *Es importante anotar, que la Resolución CREG 006 de 2000 se aplica a las empresas distribuidoras-comercializadoras y comercializadoras que prestan los servicios públicos domiciliarios de electricidad y gas combustible, exclusivamente para efectos de la facturación conjunta prevista en el Decreto 2668 de 1999.*
>
> *Igualmente, debe tenerse en cuenta lo establecido en la sección 1.3.22 de la Resolución CRA 151 de 2001, modificada por la Resolución CRA 422 de 2007 expedida por la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, la cual establece condiciones, requisitos y procedimiento para llevar a cabo el convenio de facturación conjunta."*

A partir del concepto de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, para alegar o justificar condiciones técnicas insalvables, las potenciales empresas concedentes deben observar: (i) los criterios expuestos en la Resolución CREG 006 de 2000, "*Por la cual se reglamenta el Decreto 2668 de 1999, en relación con el cobro de los costos de facturación conjunta de los servicios de aseo y alcantarillado por parte de las empresas prestadoras de los servicios de electricidad y gas combustible, en cumplimiento de lo ordenado por el Parágrafo 1o. del Artículo 2o. de dicho Decreto",* que si bien fue expedida por el sector de energía eléctrica y gas, en materia de facturación conjunta permite su aplicación al sector de acueducto, alcantarillado y saneamiento básico y (ii) lo establecido en la Resolución CRA 151 de 2001, modificada por la Resolución CRA 422 de 2007.

En virtud de las disposiciones señaladas anteriormente y en ejercicio de las facultades legales, la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico expidió la Resolución CRA 145 de 2000 *"Por la cual se establecen las condiciones generales y particulares con arreglo a las cuales las empresas de servicios públicos de acueducto y saneamiento básico deben celebrar los convenios de facturación conjunta, distribución de ésta y/o recaudo de pago, y se dictan otras disposiciones",* incorporada en la Sección 1.3.22 de la Resolución CRA 151 de 2001, adicionada y modificada por la Resolución CRA 422 de 2007 y la Sección 1.3.23 de la Resolución CRA 151 de 2001.

La Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico – CRA, a través de las normas regulatorias citadas, estableció las disposiciones aplicables a los convenios de facturación conjunta, tales como condiciones mínimas del convenio, procedimiento para su suscripción y metodología de cálculo de los costos.

Pero además de lo anterior, al ser el servicio de facturación conjunta una obligación de las empresas prestadoras de los servicios públicos, los motivos que constituyan "*razones técnicas insalvables comprobables*" que justifiquen la imposibilidad de prestar el servicio de facturación conjunta deben ser acreditadas ante la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios por parte de la empresa que recibió la solicitud de facturación conjunta, vale decir, la potencial concedente.

En el recurso que nos ocupa, la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Bogotá ESP en los tres numerales de este capítulo, a partir de requisitos establecidos en los contratos interadministrativos para la gestión y operación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá D.C., los contratos de operación y la Resolución UAESP No. 365 de 2013, alega condiciones técnicas insalvables. Sin embargo, cobra importancia el hecho que la recurrente no menciona en el escrito que tales razones hubieren sido acreditadas ante la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, como lo exige el Decreto 2668 de 1999.

Por esta razón, esta Entidad de oficio, solicitó a la SSPD informar si la EAB ESP alegó y justificó ante dicha Entidad, razones técnicas insalvables comprobables, que le impidan facturar conjuntamente el servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá.

Dicho requerimiento fue atendido por la Superintendencia, mediante el radicado CRA 2014-321-004523-2 de 15 de octubre de 2014, a través del cual, manifestó que *"(...) una vez se verificó el expediente virtual de la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Bogotá ESP., se encontró que esta última no presentó ante esta Superintendencia las razones técnicas insalvables comprobables que justifiquen la imposibilidad de suscripción del convenio de facturación conjunta".*

Por lo expuesto, lo alegado por la EAB ESP no se enmarca dentro de la única excepción contemplada por la normatividad para la no celebración del convenio, pues, como ya se advirtió, la EAB ESP, de acuerdo con lo manifestado por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, no ha alegado ni justificado ante dicha entidad la existencia de razones técnicas insalvables.

De igual forma se debe señalar, que no puede ser motivo de rechazo de la solicitud de facturación conjunta el no tener contrato de prestación con la EAB ESP o la UAESP.

No obstante lo anterior, es claro que una empresa de aseo, puede escoger libremente con quien quiere suscribir el convenio de facturación conjunta, pudiendo hacerlo con una empresa que preste el servicio de energía, o de gas o de acueducto, pues se reitera que de conformidad con el Decreto 2668 de 1999 "*es obligatorio para las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios facturar los servicios de alcantarillado y aseo, como también suscribir el convenio de facturación conjunta, salvo que existan razones técnicas insalvables comprobables que justifiquen la imposibilidad de hacerlo.*"

Ahora bien, si la empresa de aseo escoge suscribir el convenio de facturación conjunta con una empresa del servicio público de acueducto, es claro que para el trámite de dicha actuación, las partes deberán cumplir con lo dispuesto por la Resolución CRA 151 de 2001, modificada y adicionada por la Resolución CRA 422 de 2007, y en caso de no lograr la suscripción de dicho convenio, acudir ante la CRA, para que se impongan las condiciones que deben regir dichos convenios.

La celebración de los convenios de facturación conjunta, se constituye en un instrumento para que se facturen los servicios de saneamiento básico (aseo y alcantarillado), con otro servicio que en caso de no pago, pueda ser suspendido, con el fin de acrecentar las posibilidades de recaudo de los servicios de saneamiento básico. Así las cosas, es derecho de las empresas prestadoras de los servicios de saneamiento básico (aseo y alcantarillado), contar con un convenio de facturación conjunta que le permita ésta posibilidad de cobro, pues no tenerlo, la podría poner en desventaja frente a otros operadores de aseo que si lo tienen, por lo cual, no puede ser cercenada en dicho derecho.

En este orden de ideas, resulta importante recalcar la relevancia del hecho que en un mercado en competencia, no contar con el convenio de facturación conjunta crea una desventaja comparativa con los demás prestadores del mercado, en tanto no le impide prestar el servicio, pero le dificulta el cobro y recaudo del precio del servicio y la exigibilidad del pago solo se haría por vía judicial, lo que de suyo le implica un desgaste en su imagen ante sus usuarios, lo cual puede ser aprovechado por aquellos prestadores que sí cuenten con dicho convenio.

Por todo lo expuesto, la facturación conjunta es un tema de orden legal que se encuentra debidamente reglamentado y regulado, y por ende, se convierte de obligatorio cumplimiento para todas las empresas prestadoras de los servicios de acueducto, alcantarillado y aseo, como es el caso de la EAB E.S.P. No puede olvidar dicha empresa que el artículo 3° de la Ley 142 de 1994 establece que "*Todos los prestadores quedarán sujetos, en lo que no sea incompatible con la Constitución o con la ley, a todo lo que esta Ley dispone para las empresas y sus administradores y, en especial, a las regulaciones de las Comisiones....*".

Así las cosas, el argumento en estudio, no prospera.

D.R

5. Ausencia del servicio público de aseo.

Como se ha reiterado en este escrito, INTERASEO S.A. E.S.P. es una empresa prestadora en los términos del artículo 15 de la Ley 142 de 1994, y en tal virtud, no requiere para la prestación de los servicios públicos que ofrece, más que el cumplimiento de los requisitos establecidos por el legislador. Dentro del marco del derecho a la libre competencia, que como ya se advirtió únicamente se ve limitado por el establecimiento de áreas de servicio exclusivo, INTERASEO S.A. E.S.P. puede operar en cualquier zona geográfica en igualdad de condiciones con las demás prestadoras, y por consiguiente, ejercer su derecho de solicitar a cualquier prestador de servicios públicos, la suscripción de un convenio de facturación conjunta, y en caso de no lograr acuerdo con dicho prestador, solicitar ante esta Comisión, la imposición de las condiciones que deben regir dicho convenio, lo que de suyo activa las competencias de esta entidad para imponerlas a la potencial concedente, que para el caso en estudio es la EAB ESP.

En tal sentido, aun cuando en la actualidad INTERASEO S.A. E.S.P. no se encuentra prestando el servicio público de aseo en Bogotá, no tiene barrera alguna para entrar a prestarlo, y si para ello requiere que la EAB ESP le facture conjuntamente, ésta no puede oponerse, pues en virtud de lo previsto en el artículo 4 del Decreto 2668 de 1999, es una obligación suya, salvo que existan razones técnicas insalvables comprobables debidamente justificadas ante la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, que para el presente caso no fueron alegadas y justificadas por la EAB ESP, de conformidad con lo señalado por la mencionada Superintendencia.

En consideración a todo lo anterior, este argumento no está llamado a prosperar.

7.- Violación del artículo 26 de la Ley 142 de 1994.

Señala la recurrente que la resolución impugnada viola el contenido del artículo 26 de la Ley 142 de 1994, por no tener en cuenta las normas del Distrito sobre *"planeación, circulación, espacio público, seguridad"*. No obstante, se advierte que la Resolución CRA 687 de 2014 no tiene relación alguna con dichos aspectos, y en nada contraviene la normatividad distrital sobre tales materias, pues el tema objeto de la misma es la facturación conjunta en el marco de la prestación del servicio público de aseo por parte de INTERASEO S.A. E.S.P.

En tal sentido, es preciso indicar que el mismo artículo 26 que la recurrente señala como vulnerado por el acto administrativo expedido por esta Comisión, establece que *"(...) Las autoridades municipales en ningún caso podrán negar o condicionar a las empresas de servicios públicos las licencias o permisos para cuya expedición fueren competentes conforme a la ley, por razones que hayan debido ser consideradas por otras autoridades competentes para el otorgamiento de permisos, licencias o concesiones, ni para favorecer monopolios o limitar la competencia"*.

La anterior transcripción, refuerza los fundamentos de esta Comisión para recalcar la obligación que la EAB ESP tiene como empresa prestadora de servicios públicos, de facturar conjuntamente el servicio público de aseo a INTERASEO S.A. E.S.P. Teniendo en cuenta además, que la Ley 142 de 1994 no impone requisitos adicionales al tenor del artículo 22, según el cual:

> *"Artículo 22. Régimen de funcionamiento. Las empresas de servicios públicos debidamente constituidas y organizadas no requieren permiso para desarrollar su objeto social, pero para poder operar deberán obtener de las autoridades competentes, según sea el caso, las concesiones, permisos y licencias de que tratan los artículos 25 y 26 de esta Ley, según la naturaleza de sus actividades."*

En consideración a todo lo anterior, este argumento no está llamado a prosperar.

8.- Aplicación íntegra del artículo 4 del Decreto 2668 de 1999 en la Resolución CRA 687 de 2014.

Resulta necesario indicar que dado que en el Distrito Capital de Bogotá no existen áreas de servicio exclusivo en aseo y que por ende existe libre entrada al mercado debe estarse a lo previsto en los Decretos 2668 de 1999, 1987 de 2000, así:

- ✓ El Decreto 2668 de 1999 en su artículo 4º prevé que "*Será obligatorio para las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios facturar los servicios de alcantarillado y aseo, suscribir el convenio de facturación conjunta, distribución y/o recaudo de pagos; así como garantizar la continuidad del mismo, si son del caso, salvo que existan razones técnicas insalvables comprobables que justifiquen la imposibilidad de hacerlo. Esta justificación se acreditará ante la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. El prestador que asuma estos procesos, por libre elección del prestador del servicio de aseo y/o alcantarillado, no podrá imponer condiciones que atenten contra la libre competencia ni abusar de una posible posición dominante.*"

- ✓ Por su parte el Decreto 1987 de 2000, en igual sentido que el anterior, pero específicamente para el sector de agua potable y saneamiento básico, indicó que "*Las entidades de servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo, suscribirán el convenio de facturación conjunta, distribución de ésta y/o recaudo de pago, y prestarán este servicio a las personas prestadoras de servicios de saneamiento básico, de conformidad con la regulación que al respecto expida la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, en los términos del artículo cuarto del presente decreto y ejecutarlo en la forma convenida, sin perjuicio de que este servicio se pueda contratar con empresas prestadoras de otros servicios públicos domiciliarios…. El presente artículo no será aplicable a aquellas entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios que, por razones técnicas insalvables, justifiquen la imposibilidad de hacerlo ante la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.*

Quiere lo anterior indicar que salvo que medien razones técnicas insalvables, una empresa de acueducto no puede negarse a suscribir un convenio de facturación conjunta o mantener la vigencia de uno ya suscrito. Las razones de orden técnico deben ser justificadas ante la Superintendencia de Servicios Públicos, que es la entidad llamada a verificarlas y pronunciarse sobre si efectivamente son válidas o no y como se explicó en precedencia este aspecto no fue cumplido por la potencial concedente, motivo por el cual, no es dable a esta Entidad entrar a decidir si los argumentos expuestos por la EAB ESP constituyen o no una imposibilidad técnica y no por ello puede señalarse a la Resolución CRA 687 de ilegal o violatoria del artículo 4 de Decreto 2668 de 1999. La competencia para acreditar tales condiciones, como lo dispone el mismo Decreto recae en cabeza de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

Así las cosas, esta actuación está dirigida a imponer las condiciones, cuando quiera que no se logre un acuerdo sobre las condiciones de la facturación conjunta, es por todo lo anterior que el argumento de la recurrente no encuentra sustento y en razón de lo expuesto, tampoco prospera.

Por las razones que anteceden no se accede a la solicitud de revocar la Resolución CRA 687 de 2014 y en consecuencia, se procede a confirmar en su integridad la decisión adoptada en dicho acto administrativo.

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

RESUELVE:

ARTÍCULO 1º. NEGAR todas las pretensiones elevadas por la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Bogotá ESP en el recurso de reposición presentado contra la Resolución CRA 687 de 2014.

ARTÍCULO 2º.- CONFIRMAR íntegramente la Resolución CRA 687 de 20 de junio de 2014 *"Por la cual se imponen las condiciones que deben regir el servicio de facturación conjunta del servicio público de aseo entre INTERASEO S.A. E.S.P. y la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Bogotá ESP"*, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de la presente resolución.

ARTÍCULO 3º.- NOTIFICAR personalmente el contenido de la presente resolución al representante legal de la empresa INTERASEO S.A. E.S.P. o a quien haga sus veces, así como al representante legal de la Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Bogotá ESP o a quien haga sus veces, entregándoles copia íntegra, auténtica y gratuita de la misma e informándoles que contra esta resolución no procede recurso alguno, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 87 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

ARTÍCULO 4º.- COMUNICAR el contenido de la presente resolución a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios para lo de su competencia, entregando copia de la misma, una vez quede en firme el presente acto administrativo..

ARTÍCULO 5º.VIGENCIA La presente Resolución rige desde la fecha de su notificación.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C. a los doce (12) días del mes de noviembre de dos mil catorce (2014).

MARIA CAROLINA CASTILLO AGUILAR
Presidente

JULIO CESAR AGUILERA WILCHES
Director Ejecutivo (E)