



Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio

República de Colombia

Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico

RESOLUCIÓN CRA 653 DE 2013

(24 de septiembre de 2013)

“Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P. – EAAB E.S.P. en contra de la Resolución CRA 639 de 2013”.

LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BÁSICO

En ejercicio de sus 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.

Mediante comunicación CRA 2012-321-004428-2 de 14 de septiembre de 2012, Servicios Generales Empresa de Servicios Públicos de Carácter Privado S.A. E.S.P. – SERVIGENERALES S.A. E.S.P., envió copia a esta Comisión, de la solicitud formal de facturación conjunta para el servicio de aseo en la ciudad de Bogotá, con sus anexos, los cuales fueron presentados ante la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P.-EAAB- y radicados en las oficinas de esta última el día 14 de septiembre de 2012.

En el desarrollo de la actuación administrativa, la Comisión recopiló la información y los soportes probatorios requeridos para pronunciarse en relación con la solicitud realizada por Servicios Generales Empresa de Servicios Públicos de Carácter Privado S.A. E.S.P. – SERVIGENERALES S.A. E.S.P., y como resultado del análisis de la información y las pruebas obrantes en el expediente de la actuación administrativa, esta Comisión resolvió, mediante la Resolución CRA 639 de 6 de mayo de 2013, fijar las condiciones que deben regir el servicio de facturación conjunta del servicio público de aseo entre Servicios Generales Empresa de Servicios Públicos de Carácter Privado S.A. E.S.P. – SERVIGENERALES S.A. E.S.P. y la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P. – EAAB E.S.P.

Mediante oficio CRA 2013-211-002035-1 de 30 de abril de 2013, la UAE CRA dio traslado a la Superintendencia de Industria y Comercio, de la comunicación CRA 2013-321-001078-2 de 19 de marzo de 2013, allegada a la CRA por parte de la EAAB E.S.P., teniendo en cuenta que esta empresa, en dicho oficio, argumentó la no celebración del convenio de facturación conjunta solicitado por Servicios Generales Empresa de Servicios Públicos de Carácter Privado S.A. E.S.P. – SERVIGENERALES S.A. E.S.P. de acuerdo con lo dispuesto por el Decreto 564 de 2012, cuando el Decreto 1987 de 2000 establece que la única razón que puede aducir un prestador para no celebrar dicho convenio es la declaratoria por parte de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios de que existen razones técnicas insalvables que no permitirían la prestación del servicio de facturación conjunta solicitado.

Esta Comisión, mediante oficios CRA 2013-211-003108-1 y 2013-211-003107-1 de 19 de junio de 2013 procedió a enviar las respectivas citaciones para notificación personal de la Resolución CRA 639 de 6 de mayo de 2013, tanto a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P – EAAB

[Handwritten signatures and initials at the bottom of the page, including 'A', 'my', 'vz', 'de', '10', and 'OM']

E.S.P. -como a Servicios Generales Empresa de Servicios Públicos de Carácter Privado S.A. E.S.P. – SERVIGENERALES S.A. E.S.P., respectivamente.

Mediante oficio CRA 2013-211-003109-1 de 19 de junio de 2013, se comunicó a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el contenido de la Resolución CRA 639 de 2013, para lo de su competencia.

Como quiera que ninguno de los representantes legales de las empresas referidas se notificaron personalmente de la Resolución CRA 639 de 2013, dentro del término legal para ello, en acatamiento de lo dispuesto por el artículo 69 de la Ley 1437 de 2011, se procedió a notificar dicho acto a través de avisos remitidos a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P. – EAAB E.S.P., mediante oficio CRA 2013-211-003360-1 de 4 de julio de 2013, y a Servicios Generales Empresa de Servicios Públicos de Carácter Privado S.A. E.S.P. – SERVIGENERALES S.A. E.S.P. por medio de comunicación CRA 2013-211-003490-1 de 10 de julio de 2013, informándoles que contra la misma procedía el recurso de reposición, el cual debía interponerse ante esta Comisión dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a su notificación, la cual se entendería surtida al finalizar el día siguiente al de la entrega del aviso en el lugar de destino.

La Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P. – EAAB E.S.P. -, mediante radicado CRA 2013-321-003327-2 de 22 de julio de 2013, interpuso recurso de reposición contra la Resolución CRA 639 de 2013, estando dentro del término legal para hacerlo.

Servicios Generales Empresa de Servicios Públicos de Carácter Privado S.A. E.S.P. – SERVIGENERALES S.A. E.S.P. no impugnó la Resolución CRA 639 de 2013.

Mediante oficio CRA 2013-211-004322-1 de 8 de agosto de 2013, se dio traslado del recurso de reposición interpuesto por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P. – EAAB E.S.P.- a Servicios Generales Empresa de Servicios Públicos de Carácter Privado S.A. E.S.P. – SERVIGENERALES S.A. E.S.P., por el término de dos (2) días hábiles, y ésta, mediante radicado CRA 2013-321-003657-2 de 12 de agosto de 2013 se pronunció sobre los argumentos de la recurrente.

CONTENIDO DEL RECURSO DE REPOSICIÓN.

A continuación se presentan los argumentos que fundamentan el recurso de reposición presentado por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P – EAAB E.S.P.-

Mediante comunicación con radicado CRA 2013-321-003327-2 de 22 de julio de 2013, el apoderado judicial de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P – EAAB E.S.P., doctor GUILLERMO TRIANA SERPA, conforme al poder conferido por el Jefe de la Oficina Asesora de la Dirección 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, interpuso ante esta Comisión de Regulación, recurso de reposición contra la Resolución CRA 639 de 6 de mayo de 2013, "Por la cual se imponen las condiciones que deben regir el servicio de facturación conjunta del servicio público de aseo entre la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P. – EAAB E.S.P. y Servicios Generales Empresa de Servicios Públicos de Carácter Privado S.A. E.S.P. – SERVIGENERALES S.A. E.S.P.", presentando como petición: "(...) solicito a la CRA, que revoque la Resolución No. 639 de 2013 por la cual se imponen las condiciones que deben regir el servicio de Servicios Públicos de Carácter Privado y en su lugar negar por improcedente la solicitud de SERVIGENERALES S.A." (Sic).

ARGUMENTOS DE LA RECURRENTE: EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P. – EAAB E.S.P.-

Los planteamientos de inconformidad expuestos por la recurrente respecto de la Resolución CRA 613 de 2013, son los siguientes:

"II.- CONSIDERACIONES.

- 1. a) LA RESOLUCIÓN CRA 639 DE 2013 DESCONOCE Y VULNERA EL DECRETO 564 DE 2012 Y EL CONTRATO INTERADMINISTRATIVO 017 DE 2012.**

Sea ésta la oportunidad para recordar que, la ciudad de Bogotá D.C. se encuentra regida por un **modelo transitorio y excepcional** para la prestación del servicio público de aseo, basado en la situación de emergencia que surgió debido a la imposibilidad de garantizar la prestación del servicio por medio de empresas privadas, toda vez que la H. Corte Constitucional en decisión contenida en el Auto 275 de 2011, dejó sin efectos la Licitación 001 de 2011 para la concesión del servicio de aseo en la ciudad. Por lo cual, la UAESP previa declaratoria de **urgencia manifiesta**, contenida en la Resolución No. 065 de 8 de febrero de 2012, celebró el 07 de marzo de 2012 los contratos de concesión números 013 con Limpieza Metropolitana SA ESP (LIME S.A ESP), 014 con el Consorcio Aseo Capital SA ESP, 015 con Ciudad Limpia SA ESP y 016 con el Consorcio Aseo Técnico de la Sabana SA ESP (ATESA S.A ESP) por el término de seis (6) meses, contados a partir de la fecha de suscripción del acta de inicio, prorrogados por 3 meses más, tres de los cuales vencieron el 17 de diciembre de 2012, y el Contrato C-16 de 2012 (ATESA SA S.A ESP) culminó el día 22 de diciembre de 2012, sin que pudieran ser prorrogados, momento en el cual la prestación quedó en cabeza de la entidad territorial, quien suscribió varios contratos para el cumplimiento de su deber, dentro de ellos el Contrato de Operación No. 260 de 19 de Diciembre de 2012, suscrito entre UAESP y Consorcio Aseo Capital S.A. E.S.P.

Por su parte, el Alcalde Mayor de Bogotá D.C., 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 13°.- 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 Especial 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 de 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 que pretenda efectuarlo haya suscrito un contrato con el Distrito Capital. Si esto no ocurre, resultaría ilegal lo pactado por violación de las disposiciones legales superiores.

Tampoco resulta posible desconocer que el 11 de octubre de 2012, la Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos - UAESP y la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá ESP, celebraron el Contrato Interadministrativo N° 017 de 2012 cuyo objeto es 'la gestión y operación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá D.C., en sus componentes de recolección, barrido, 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 ello conlleva' y en cuyo numeral 3.1. De la Cláusula Tercera se pactó como obligación del CONTRATISTA:

'3.1 OBLIGACIONES RELACIONADAS CON EL SERVICIO DE RECOLECCIÓN, BARRIDO Y LIMPIEZA DE RESIDUOS ORDINARIOS APROVECHABLES:

(...)

'5. Llevar a cabo la gestión comercial y financiera del servicio de aseo en la ciudad de Bogotá del esquema del servicio contratado, con sujeción a los términos y condiciones que se establecen en el reglamento Técnico, Operativo, Comercial y Financiero. Para estos efectos, la CONTRATISTA debe tener en cuenta que la gestión comercial comprende, entre otras actividades, el manejo del catastro de usuarios, la atención al usuario, la facturación del servicio (incluida la liquidación), el manejo de cartera (desde la finalización de los contratos de concesión), el recaudo de los pagos, la administración del recaudo y los demás recursos del esquema, así como los registros contables del esquema financiero del servicio, subsidios y contribuciones a través de una cuenta Bancaria de Recaudo Especial, de manera transitoria, hasta tanto se establezca el encargo fiduciario que debe ser constituido a más tardar dentro de los dos (2) meses siguientes a la aprobación del Reglamento Técnico, Operativo, Comercial y Financiero de que trata la cláusula 1ª de este acuerdo' (Negrilla y subraya fuera de texto).

En desarrollo de este compromiso, la UAESP pactó en los Contratos de Operación No. 260 el 19 de Diciembre de 2012 con CONSORCIO ASEO CAPITAL S.A. E.S.P.; No. 261 el 19 de Diciembre de 2012 con LIME S.A. ESP y No. 268 el 22 de Diciembre de 2012 con ATESA S.A. ESP lo siguiente:

'PARAGRAFO PRIMERO. La Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá-ESP-EAAB ESP realizará la facturación en la zona objeto del presente contrato, sin costo alguno para la contratista'.

Sin embargo, se observa que Servicios Generales Empresa de Servicios Públicos de Carácter Privado S.A. E.S.P. –SERVIGENERALES S.A. E.S.P. no ha suscrito contrato alguno relacionado con la de prestación del servicio de aseo en el Distrito y además, 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. En consecuencia y por sustracción de materia (usuarios) no puede pretenderse la suscripción de un contrato cuyo objeto es la facturación del servicio prestado a determinados los usuarios, cuando no hay quien se beneficie de dicha prestación.

Esta situación es reconocida por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, en comunicación dirigida al Alcalde Mayor de Bogotá, radicado SSPD 20134330060861 del 18 de febrero de 2013 cuando manifiesta que:

(...)

Las empresas Aguas de Bogotá ESP, Consorcio Aseo Capital S.A. ESP, limpieza Metropolitana S.A. ESP y Aseo Técnico de la Sabana S.A. ESP son operadores dentro del esquema de prestación del servicio de aseo de la ciudad de Bogotá, **mantiéndose en cabeza de la EEAB ESP la titularidad de la prestación del servicio**' (Subrayados y negrillas fuera de texto).

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que el Decreto 564 mencionado, se encuentra revestido de la presunción de legalidad señalada expresamente en el 88 de la Ley 1437 del 2011 – Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo- que a su tenor establece:

'... Los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la jurisdicción de lo contencioso administrativo...' (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Sobre el particular, resulta oportuno anotar que el Decreto fue objeto de solicitud de Suspensión Provisional dentro de la acción de nulidad impulsada por el ciudadano Orlando Parada Díaz y que actualmente conoce el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Bogotá (Expediente No. 2012-00131); sin embargo, la solicitud fue negada mediante providencia del 20 de marzo de 2013, razón por la cual, el acto administrativo se encuentra vigente y resulta de obligatorio cumplimiento para todas las personas y autoridades.

En virtud de lo anterior, es claro que la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico (CRA) no puede expedir resoluciones que contraríen o desconozcan las medidas adoptadas en virtud de la urgencia manifiesta y el deber constitucional, legal y jurisprudencial que le atañe a las autoridades distritales de **garantizar la prestación eficiente de los servicios públicos**, y menos desestimar las prerrogativas otorgadas **por las decisiones del máximo órgano de la jurisdicción constitucional, las cuales se constituyen de imperativo cumplimiento** so pena de desfigurar los derechos de acceso a la justicia y la realización de una justicia real y efectiva.

Es menester reconocer que tanto el régimen legal vigente como la regulación que hasta el 2011 había expedido la CRA, deben ser interpretados y aplicados en concordancia con la doctrina constitucional establecida a través del Auto 275 de 2011 de lo que se deriva la necesidad de adoptar **un esquema especial y transitorio para la prestación del servicio de aseo en la ciudad.**

La situación especial en que se encontraba el Distrito Capital con ocasión de la expedición del citado Auto 275 de la Corte Constitucional es reconocida por la misma Comisión cuando sostiene, en las consideraciones de la Resolución 643 del 24 de junio de 2013 que '(...) la Honorable Corte Constitucional, mediante Auto 275 del 19 de noviembre de 2011, exhortó a la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico 'para que revise y defina parámetros generales para la prestación de los servicios de separación, reciclaje y aprovechamiento de residuos sólidos' (...) y también sirvió como fundamento para la

expedición del Decreto 564 de 2012, dada la necesidad de restablecer los derechos vulnerados a un grupo marginado de la población colombiana como lo son los recicladores.

b) LOS LÍMITES DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE COMPETENCIA.

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. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.' Y agrega que 'La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades'.

La Carta Política garantiza la libertad de competencia en el mercado de los servicios públicos domiciliarios en igualdad de condiciones, pero ese derecho no es absoluto², 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.

Así las cosas, como lo ha determinado la Corte, 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'³. Es decir, el derecho a la libertad de competencia no es de carácter absoluto, por el contrario debe atender a principios y derechos superiores.

Ahora bien ha concluido esa corporación que '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 por la Constitución; y (iv) responde a criterios de razonabilidad y proporcionalidad en sentido lato'⁴.

Respecto a la primera condición, el Municipio es el garante de la prestación del servicio público domiciliario de aseo por disposición expresa de la Constitución política en los artículos 311, numerales 1, 7 y 9 del artículo 313 y 367; del régimen de servicios públicos artículo 5 de la Ley 142 de 1994; del Estatuto de Descentralización en beneficio de los municipios, artículo 1º del Decreto 77 de 1987; de Ley 136 de 1994, 'por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios' en el artículo 3'; del Decreto 1713 de 2002, en el artículo 4.

Por el margen de sus competencias fue que la Corte Constitucional, reconociendo los efectos que traería consigo el Corte Constitucional auto 275 de 2011 en perjuicio de los sectores de menos ingresos de la población bogotana, pero a sabiendas que a largo plazo implicaría la intervención del Estado con acciones afirmativas a favor del grupo históricamente discriminado constituido por la población recicladora, ordenó al Distrito que **estableciera un esquema pertinente para subsanar la situación de riesgo colateral que se generaría en el Distrito Capital por dejar sin efectos la licitación No. 001 de 2011.**

Por lo anterior, en el marco de sus competencias constitucionales y legales, la UAESP propendiendo por garantizar la inclusión de la población recicladora, instituyó un esquema transitorio y excepcional, mientras se lleva a cabo el procedimiento señalado en el artículo 40 de la ley 142 de 1994.

Con todo, se respetó el núcleo esencial de la libertad de empresa, en el sentido que el actual esquema es transitorio, y más aún, **el esquema transitorio integra participación público privada de empresas caracterizadas por su solidez financiera y prestación con calidad**, que fueron seleccionadas por su trayectoria en la prestación de servicios públicos, y para promover la inclusión de la población recicladora desde antes que se lleve a cabo el procesos de concesión de áreas de servicio exclusivo en el Distrito Capital.

También se da cumplimiento al tercer requisito ya que las medidas tomadas por el Distrito obedecen al principio de solidaridad e igualdad⁵, 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 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.**

Finalmente las medidas tomadas obedecen a los criterios de razonabilidad y proporcionalidad en sentido lato, para comprobar lo anterior, los antecedentes excepcionales esbozados en la primera parte de este documento prueban de manera suficiente, que se tomaron todas las medidas que eran jurídicamente viables en procura de la protección de los derechos fundamentales, ambientales y sociales de la comunidad Bogotana.

III.- VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO POR INDEBIDA NOTIFICACIÓN DE LA RESOLUCIÓN CRA No. 639 DE 2013.

El artículo 68 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo regula la forma como debe llevarse a cabo la citación para la notificación personal de los actos administrativos señala que: "...el envío de la citación se hará dentro de los cinco (5) días siguientes a la expedición del acto, y de dicha diligencia se dejará constancia en el expediente." (Negrilla y cursiva fuera de texto).

Para el caso de la Resolución objeto de este recurso, la EAAB-ESP., recibió el 21 de junio de 2013, la comunicación CRA N° 20132110031081 en la cual la entidad a su cargo, solicitó que el Gerente General se acercara a las instalaciones de la CRA para notificarle personalmente el acto administrativo Resolución CRA 638 de 2013, sin embargo puesto que el Gerente General no pudo comparecer, el acto se notificó mediante aviso radicado en sede de la EAAB el día 5 de julio de 2013.

Como se puede observar del texto del acto administrativo objeto de este recurso, este se expidió el 6 de mayo de 2013, pero sólo hasta el 21 de junio de 2013, 36 días hábiles después de expedido, se envió citación para la notificación personal del EAAB-ESP., circunstancia que contraria lo dispuesto en el referido artículo 68 que señala que la citación para notificación personal deberá enviarse dentro de los cinco días siguientes a la expedición del acto administrativo; circunstancia que invalida la notificación y que a la vez trae como consecuencia la violación al debido proceso de la EAAB-ESP., razón por la cual solicito que con miras a restablecer el derecho fundamental de la Empresa que apodero que fue vulnerado con dicha actuación, se revoque esta decisión.

IV.- VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 29 DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL:

Sin lugar a duda, el término de citación del artículo 68 de la Ley 1437 de 2011, es de orden público y aplicación preferencial, amparado por el marco constitucional previsto en los incisos 10. Y 2°. Del artículo 29 de la Constitución Nacional al exigir la aplicación del DEBIDO PROCESO en toda actuación judicial o ADMINISTRATIVA y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional de aplicación preferencial, sobre el particular en Sentencia T-718 DEL 5 DE JULIO DE 2001, M. P. Dr. Eduardo Montealegre ha expresado:

'Si bien, como ya lo hemos dicho antes, el debido proceso es objeto de respeto a nivel constitucional y legal, su campo de aplicación debe entenderse igualmente presente en todas aquellas decisiones judiciales o administrativas que el Estado deba asumir frente a sus administrados. Por ello mismo, el Código Contencioso Administrativo en su artículo 3° relativo a los principios orientadores de las actuaciones administrativas, hace clara referencia a la importancia del debido proceso en el agotamiento de trámites preestablecidos, actuaciones estas que obviamente deben ser puestas en conocimiento de los particulares, para que así estas puedan ser controvertidas.

'...'

Es más, en sentencia T – 465 del 9 de julio de 2009 (M. P. JORGE IGNACIO PRETEL) se pronunció la Corte Constitucional, en cuanto al debido proceso administrativo, en los siguientes términos:

'Según lo prescribe el inciso primero del artículo 29 de la Constitución Política, 'el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas' (subrayas fuera del texto original). Esta clarísima prescripción constitucional tiene por objeto señalar que en la actuación que despliegue la Administración pública tienen plena aplicación el conjunto de garantías que conforman la noción del debido proceso. Por ello ha manifestado la Corte que los derechos de defensa, de contradicción, de controversia de las pruebas y de publicidad, así como los principios de legalidad, de competencia y de correcta motivación de los actos, entre otros, que conforman la noción de debido proceso, deben considerarse como garantías constitucionales que presiden toda actividad de la administración'.

Más adelante agrega el mismo pronunciamiento:

*'Debe resaltarse que la Constitución Política en el citado artículo 29 indica que el debido proceso se aplicará a toda actuación administrativa; de donde se deduce que ésta, en cualquiera de sus etapas, debe asegurar la efectividad de las garantías que se derivan de dicho principio constitucional. Por este motivo la jurisprudencia ha entendido que **los derechos de defensa, contradicción y controversia probatoria, así como los principios de competencia, publicidad, y legalidad de los actos de la administración, tienen aplicación desde la iniciación de cualquier procedimiento administrativo, hasta la conclusión del proceso, y deben cobijar a todas las personas que puedan resultar obligadas en virtud de lo resuelto por la Administración.** (He subrayado). Es decir, destaca la Sala, el debido proceso no existe únicamente en el momento de impugnar el acto administrativo final con el cual concluye una actuación administrativa'.*

En este sentido, refiriéndose a la naturaleza del derecho al debido proceso administrativo, la jurisprudencia ha explicado lo siguiente:

*'De esta manera, **el debido proceso administrativo se ha definido como la regulación jurídica que de manera previa limita los poderes del Estado y establece las garantías de protección a los derechos de los administrados, de modo que ninguna de las actuaciones de las autoridades públicas dependa de su propio arbitrio,** sino que se encuentren sujetas siempre a los procedimientos señalados en la ley. El debido proceso administrativo consagrado como derecho fundamental en el artículo 29 de la Constitución Política, se convierte en una manifestación del principio de legalidad, conforme al cual toda competencia ejercida por las autoridades públicas debe estar previamente señalada en la ley, como también las funciones que les corresponden y los trámites a seguir antes de adoptar una determinada decisión (C.P. arts. 4º y 122)'. (Tomado de la Sentencia T – 982 del 8 de octubre de 2004 M. P. Rodrigo Escobar Gil.)*

De la misma manera, se reitera en el pronunciamiento anterior:

'El derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 29 de la Carta Política, comprende una serie de garantías con las cuales se busca sujetar a reglas mínimas sustantivas y procedimentales, el desarrollo de las actuaciones adelantadas por las autoridades en el ámbito judicial o administrativo, con el fin de proteger los derechos e intereses de las personas vinculadas, pues es claro que el debido proceso constituye un límite material al posible ejercicio abusivo de las autoridades estatales' (tomado de la Sentencia T – 416 de 1998 M. .P. Alejandro Martínez Caballero).

V.-RAZONES DE LA E.A.A.B. – ESP:

De igual manera, me remito y forma parte del presente escrito, los diferentes pronunciamientos de la Empresa de acueducto y Alcantarillado de Bogotá, en relación con trámites y gestiones anteriores de esa Comisión, a fin de imponer las condiciones para facturación conjunta del servicio de Aseo en el Distrito Capital.

TRASLADO DEL RECURSO DE REPOSICIÓN.

Mediante oficio CRA 2013-211-004322-1 de 8 de agosto de 2013, se dio traslado del recurso de reposición interpuesto por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P. – EAAB E.S.P. a Servicios Generales Empresa de Servicios Públicos de Carácter Privado S.A. E.S.P. – SERVIDENALES S.A. E.S.P., por el término de dos (2) días hábiles, y el día 12 de agosto de 2013 ésta última, a través del radicado CRA 2013-321-003657-2, se pronunció sobre los argumentos de la recurrente.

Al respecto, Servicios Generales Empresa de Servicios Públicos de Carácter Privado S.A. E.S.P. – SERVIDENALES S.A. E.S.P. arguyó:

"(...) La propia Carta Política evidencia la necesidad de establecer una clara diferencia entre la potestad reglamentaria y la regulatoria en materia de servicios públicos. Por ello, circunscribe la facultad reglamentaria únicamente a la expedición de ciertas disposiciones que permitan verificar el cumplimiento de la ley, sin que ello conlleve la posibilidad de vaciar la competencia de los organismos especializados de carácter técnico que coadyuvan al Estado en el desarrollo de los aspectos de regulación económica de los servicios públicos. Las funciones

de las comisiones de regulación radican en señalar las políticas generales de administración y control de la eficiencia de tales servicios.

Ahora bien, en cuanto al aspecto referente al señalamiento de las condiciones jurídicas dentro de las cuales deben someterse los servicios públicos domiciliarios, **constitucionalmente se ha establecido que su régimen jurídico constituye una materia que debe estar fijada en la ley, sea que ellos se presten por el Estado directamente, por comunidades organizadas o por particulares. En lo que respecta a los de naturaleza domiciliaria, los servicios públicos presentan una condición especial, en la medida en que deben determinarse previamente los aspectos específicos mínimos sujetos a esa regulación.**

En ese orden de ideas, la finalidad social del Estado colombiano adquiere plena vigencia mediante la prestación de los servicios públicos que son inherentes a ella, para asegurar en forma eficiente a todos los habitantes del territorio nacional, la prosperidad general, la convivencia pacífica y el servicio a la comunidad, en forma adecuada y permanente, permitiendo además la realización de los derechos fundamentales de las personas, y el mejoramiento de la calidad de vida de la población (C.P., arts. 2, 365 y 366).

El concepto de servicios públicos así expresado, plantea una definición genérica, con contenido integral, a través de la realización de otras materias especiales que amplían su campo de acción, como son los servicios públicos sociales, comerciales e industriales, domiciliarios y los esenciales, dentro de los cuales, los de índole domiciliario ocupan una posición relevante para los fines estatales de contenido social, en la medida en que pretenden satisfacer las necesidades básicas y esenciales de las personas.

Ahora, con la vigencia del nuevo orden plasmado en la Constitución de 1991, el tratamiento del tema de los servicios públicos, en general, debe tener en cuenta, básicamente, que la economía se encuentra bajo la dirección general del Estado, por lo que las distintas actividades en esa materia, entre ellas, las relacionadas con la prestación de dichos servicios, son objeto de su intervención, por mandato legal, para 'racionalizar la economía, con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano' (C.P., art. 365).

De otro lado, en cuanto al aspecto referente al señalamiento de las condiciones jurídicas dentro de las cuales deben someterse dichos servicios públicos, constitucionalmente se ha establecido que su régimen jurídico constituye una materia que debe estar fijada en la ley (C.P. arts. 150-23 y 365), **sea que ellos se presten por el Estado directamente, por comunidades organizadas o por particulares.** En lo que respecta a los de naturaleza domiciliaria, los servicios públicos presentan una condición especial, en la medida en que deben determinarse previamente los aspectos específicos mínimos sujetos a esa regulación (C.P., arts. 367, 369 y 370), lo que dio lugar al siguiente pronunciamiento por parte de la Honorable Corte Constitucional C – 284 de 1997 M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonell:

'... corresponde a éste (el legislador) señalar, en los términos de las normas antes reseñadas, el marco normativo atinente a las cuestiones básicas que estructuran la naturaleza propia de cada servicio, sus atributos de regularidad, permanencia eficacia y eficiencia, los sujetos que los prestan, las relaciones usuario-entidad prestataria, la manera de establecer las tarifas que se pagan y los subsidios que demanda la universalidad y solidaridad del servicio, el contenido y alcance del control, inspección y vigilancia, atribuido a la Superintendencia de Servicios Públicos, y la financiación de ésta, librando a las entidades territoriales ciertos aspectos de naturaleza reglamentaria en relación con aquéllos asuntos no esenciales no regulados por el legislador, particularmente en los órdenes técnicos y operativos'.

Por último, complementa el marco general de competencias constitucionales, en cuanto a los servicios públicos domiciliarios, aquellas que corresponden al Presidente de la República en lo atinente a la función de '...señalar, con sujeción a la ley, las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios y ejercer por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el control, la inspección y vigilancia de las entidades que los presten' (C.P., art. 370), siendo pertinente destacar la potestad reglamentaria ordinaria que posee el primer mandatario de la Nación, como Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa, para la cumplida ejecución de las leyes (C.P., art. 189-11).

Significa lo anterior, que la Resolución expedida por los suscritos funcionarios de la CRA está revestida de toda legalidad, porque en ella se ratifica una actuación legal y en derecho, con el cumplimiento de todas las formas rituales que se dieron para **imponer las condiciones que**

deben regir el servicio de facturación conjunta el Servicio Público de Aseo entre la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P.-EAAB E.S.P y SERVIGENERALES S.A. ESP.', como es la Resolución CRA 639 de 2013 adelantada en el asunto de marras.

En ese orden de ideas, no es de recibo las afirmaciones de la apoderada recurrente, toda vez que este es un acto para el cual la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico – CRA está plenamente revestida y legitimada por la ley para realizar dicha resolución.

El derecho a la libre competencia consiste en la prerrogativa de decisión insubordinada de los agentes intervinientes en el mercado, es decir, de consumidores y productores. En Colombia encuentra asidero y protección de rango Constitucional, especialmente en materia de servicios públicos, así:

'ARTICULO 333. La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación'. (Subrayas fuera de texto).

ARTICULO 365. 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 materia de servicios públicos, dichas disposiciones son desarrolladas por la Ley 142 de 1994, así:

'ARTÍCULO 2. Intervención del Estado en los servicios públicos. El Estado intervendrá en los servicios públicos, conforme a las reglas de competencia de que trata esta Ley, en el marco de lo dispuesto en los artículos 334, 336, y 365 a 370 de la Constitución Política, para los siguientes fines: (...) 2.6. Libertad de competencia y no utilización abusiva de la posición dominante.

ARTÍCULO 10. Libertad de empresa. 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.

ARTÍCULO 40. Áreas de Servicio exclusivo. Por motivos de interés social y con el propósito de que la cobertura de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado, saneamiento ambiental, distribución domiciliaria de gas combustible por red y distribución domiciliaria de energía eléctrica, se pueda extender a las personas de menores ingresos, la entidad o entidades territoriales componentes, podrán establecer mediante invitación pública, áreas de servicio exclusivas, en las cuales podrá acordarse que ninguna otra empresa de servicios públicos pueda ofrecer los mismos servicios en la misma área durante un tiempo determinado.

Los contratos que se suscriban deberán en todo caso precisar el espacio geográfico en el cual se prestará el servicio, los niveles de calidad que debe asegurar el contratista y las

obligaciones del mismo respecto del servicio. También podrán pactarse nuevos aportes públicos para extender el servicio.

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

ARTÍCULO 73. Funciones y facultades generales. 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 abusos de la posición dominante, y produzcan servicios de calidad. (...).

ARTÍCULO 74. Funciones especiales de las comisiones de regulación. Con sujeción a lo dispuesto en esta Ley y las demás disposiciones que la complementen, serán además, funciones y facultades especiales de cada una de las comisiones de regulación las siguientes: (...)

74.2 De la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico:

a) Promover la competencia entre quienes presten los servicios de agua potable y saneamiento básico o regular los monopolios en la prestación de tales servicios, cuando la competencia no sea posible, todo ello con el propósito de que las operaciones de los monopolistas y de los competidores sean económicamente eficientes, se prevenga el abuso de posiciones dominantes y se produzcan servicios de calidad. La comisión podrá adoptar reglas de comportamiento diferencial, según la posición de las empresas en el mercado. (...).

Señora Directora Ejecutiva, puede colegirse a partir del análisis de las normas transcritas que cuando el municipio no presta de manera directa el servicio público de aseo, existen dos (2) modalidades para tal efecto:

Regla general: la libre competencia en virtud de la cual cualquier interesado podrá, dentro de los límites legales, operar como prestador de servicios públicos.

De manera excepcional: las áreas de servicio exclusivo (A.S.E.). En este evento, la empresa que resulte concesionaria vía licitación podrá prestar el servicio en una zona determinada sin que ninguna otra empresa de servicios públicos pueda ofrecer en dicha área los mismos servicios.

Señora Directora Ejecutiva es así como el régimen legal en materia de servicios públicos es el de la libre competencia; específicamente en materia de aseo, el Estado no se ha reservado la prestación monopolística del servicio, sino que por el contrario, el Estado ha permitido que se presten en libre competencia y de manera excepcional por una sola empresa en las llamadas Áreas de Servicio Exclusivo (A.S.E.) cuandoquiera que por motivos de interés social y para garantizar toda cobertura, la entidad territorial así lo defina y agote el respectivo procedimiento licitatorio. En éste último evento, se cercenan de manera legal, tanto el derecho de los consumidores de elegir libremente como el de los productores de competir.

Cabe señalar, igualmente que es función de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico (CRA) regular los monopolios cuando la competencia no sea posible, circunstancia que no se da en el caso que nos ocupa, por cuanto lejos de haber pocos competidores, existen en la actualidad cuatro (4) prestando el servicio, más el operador público que, según anuncio del señor Alcalde de Bogotá D.C., estaría en ciernes de entrar en el mercado afectado y los potenciales interesados en prestar el servicio. Es decir que siendo de hecho posible la competencia por haber varios interesados en prestar el servicio público en mención, la CRA y la SIC estarían llamadas a promover y proteger el derecho al mercado en libre competencia.

De la misma manera lo ha entendido la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (SSPD) quien en concepto SSPD – OJ – 2004 – 567 dijo:

'De conformidad con los artículos 333 y 365 de la C.P. los servicios públicos, en particular los domiciliarios se prestan en régimen de libre competencia, salvo lo dispuesto

10

2

cu. en

en el artículo 40 de la Ley 142 de 1994 respecto de las áreas de servicio exclusivo. Estas normas están desarrolladas, entre otras disposiciones de la Ley 142 de 1994, en su artículo 10 según el cual es derecho de todas las personas organizar y operar empresas de servicios públicos, dentro de los límites de la Constitución y la ley.

En otro de sus conceptos y en similar línea, la SSPD manifestó:

*'(...) el régimen de los servicios públicos en sus niveles constitucional, legal y regulatorio se endereza a la promoción de la competencia dentro del marco del estado Social de Derecho que califica a esta categoría jurídica como inherente a su finalidad social.'*¹

En conclusión y partiendo de las premisas mencionadas, la única excepción a la libre competencia en materia del servicio público de aseo son las A.S.E.

Señora Directora Ejecutiva, en los términos del Decreto 891 de 2002 para que puedan implementarse las A.S.E. como esquema de prestación del servicio público de aseo, debe surtir el procedimiento que a continuación de manera sucinta esbozamos:

Por tal virtud, las anteriores razones son suficientes para solicitarle a ustedes mantener en todas sus partes la decisión contenida en la Resolución CRA 639 de 2013". (Sic).

ANÁLISIS DEL RECURSO DE REPOSICIÓN.

Competencia de la CRA.

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 638 de 2013 "Por la cual se imponen las condiciones que deben regir el servicio de facturación conjunta del servicio público de aseo entre la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P. – EAAB E.S.P. y el Consorcio Aseo Capital S.A. Empresa de Servicios Públicos de Carácter Privado".

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

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

En virtud de lo anterior, y en atención a la "solicitud formal del servicio de facturación conjunta efectuada por Servicios Generales Empresa de Servicios Públicos de Carácter Privado S.A. E.S.P. – SERVIGENERALES S.A. E.S.P.", esta Comisión de Regulación analizó y profirió la Resolución CRA 639 de 6 de mayo de 2013, frente a la cual se interpuso recurso de reposición, por parte de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P. – EAAB E.S.P., el cual es objeto de estudio en la presente instancia.

¹ Concepto SSPD 2000 13 00000 428.

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

Se procede al estudio de los argumentos presentados por la empresa recurrente, así:

"1. a) LA RESOLUCIÓN CRA 639 DE 2013 DESCONOCE Y VULNERA EL DECRETO 564 DE 2012 Y EL CONTRATO INTERADMINISTRATIVO 017 DE 2012".

Argumentó el apoderado de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P. - EAAB E.S.P. que:

*"Sea ésta la oportunidad para recordar que, la ciudad de Bogotá D.C. se encuentra regida por un **modelo transitorio y excepcional** para la prestación del servicio público de aseo, basado en la situación de emergencia que surgió debido a la imposibilidad de garantizar la prestación del servicio por medio de empresas privadas, toda vez que la H. Corte Constitucional en decisión contenida en el Auto 275 de 2011, dejó sin efectos la Licitación 001 de 2011 para la concesión del servicio de aseo en la ciudad. Por lo cual, la UAESP previa declaración de **urgencia manifiesta**, contenida en la Resolución No. 065 de 8 de febrero de 2012, celebró el 07 de marzo de 2012 los contratos de concesión números 013 con Limpieza Metropolitana SA ESP (LIME S.A ESP), 014 con el Consorcio Aseo Capital SA ESP, 015 con Ciudad Limpia SA ESP y 016 con el Consorcio Aseo Técnico de la Sabana SA ESP (ATESA S.A ESP) por el término de seis (6) meses, contados a partir de la fecha de suscripción del acta de inicio, prorrogados por 3 meses más, tres de los cuales vencieron el 17 de diciembre de 2012, y el Contrato C-16 de 2012 (ATESA SA S.A ESP) culminó el día 22 de diciembre de 2012, sin que pudieran ser prorrogados, momento en el cual la prestación quedó en cabeza de la entidad territorial, quien suscribió varios contratos para el cumplimiento de su deber, dentro de ellos el Contrato de Operación No. 260 de 19 de Diciembre de 2012, suscrito entre UAESP y Consorcio Aseo Capital S.A. E.S.P."*

Al respecto, es pertinente señalar que el Auto 275 de 2011, expedido por la Corte Constitucional, se produjo en el marco de un proceso de licitación que para ese entonces adelantaba el Distrito Capital, al tratar de establecer áreas de servicio exclusivo para la prestación del servicio de Aseo. Más aún, cuando la libertad de empresa "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"², por lo que los limitantes para la libertad de entrada en el mercado obedecen únicamente a la Constitución y la Ley.

Con relación al argumento expuesto por parte de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P. – EAAB E.S.P., resulta útil verificar lo dicho dentro del acápite de órdenes concretas de la parte considerativa del Auto 275 de 2011; exactamente en el numeral 112 se establece que:

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

En conclusión, el Auto 275 de la H. Corte Constitucional no señaló que el Distrito debería o no establecer un esquema transitorio, sino por el contrario, **las órdenes del exhorto van encaminadas a que es únicamente el Distrito quien deberá señalar la manera en que el esquema de libre competencia u otro legalmente posible** para los componentes de reciclaje, tratamiento y aprovechamiento se coordinará con otros modelos de operación como la concesión de áreas de servicio exclusivo autorizadas para los componentes de recolección y transporte de residuos no separados o cualquier otro modelo, garantizando alternativas a través de las cuales sectores de la población tradicionalmente marginados, participen de manera real y material en la prestación del servicio público de aseo en sus componentes complementarios de reciclaje, transformación y aprovechamiento.

Adicionalmente, en ningún momento se conminó a esta Comisión a que estableciera modelos de prestación de servicios, hiciera recomendaciones, diera consejos sobre las decisiones del Distrito en

² Ley 142 de 1994, artículo 10.

cuanto al modelo a aplicar, más allá de sus competencias, por cuanto lo ordenado es definir parámetros y acompañamiento al Distrito **dentro del marco legal vigente**. Por lo tanto, jurídicamente no es viable ampararse en lo que refiere al Auto 275 de 2011 expedido por la Corte Constitucional, para desconocer las competencias y funciones legales en relación con el inicio y trámite de actuaciones administrativas, como es el caso de verificación de motivos, facturación conjunta y legalidad de CCU entre otros.

Es así como las solicitudes que versen sobre la imposición de las condiciones de facturación conjunta deberán tramitarse con el marco legal vigente y en igualdad de condiciones a las demás actuaciones administrativas.

Ahora bien, dentro del primer argumento expuesto por parte de la empresa recurrente, el apoderado de la misma también manifestó:

"Por su parte, el Alcalde Mayor de Bogotá D.C., 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 13°.- 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 Especial 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 de 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 que pretenda efectuarlo haya suscrito un contrato con el Distrito Capital. Si esto no ocurre, resultaría ilegal lo pactado por violación de las disposiciones legales superiores."

Frente al argumento esgrimido por la empresa impugnante, cabe resaltar que en el Distrito Capital de Bogotá no existen áreas de servicio exclusivo en aseo y que por ende existe libre entrada al mercado aún en el marco del Decreto 564 de 2012, 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 comprobables, 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, situación que en esta actuación no ocurrió, pues no obra soporte alguno que así lo demuestre.

Ahora bien, esta Comisión se ratifica en lo indicado en la resolución que es objeto de recurso en la cual se indicó:

"Entonces es claro que la normatividad vigente garantiza la libre competencia, y dispone que no se podrán exigir permisos previos ni requisitos, que no estén establecidos en la Ley, 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 142 de 1994.

Al respecto, es importante precisar que teniendo en cuenta lo dispuesto por el artículo 40 de la Ley 142 de 1994, quienes están facultados para establecer áreas de servicio exclusivo son únicamente los entes territoriales, y para el caso que nos ocupa, se trata de una empresa de carácter privado que ejerció su derecho de solicitar ante la CRA la imposición de las condiciones del servicio de facturación conjunta.

En ese orden de ideas y en la medida en que en el Distrito Capital de Bogotá 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."

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

Aunado a lo anterior, en el escrito de recurso objeto del presente análisis, como fundamentos del primer argumento expuesto, la recurrente también afirmó:

"Tampoco resulta posible desconocer que el 11 de octubre de 2012, la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos - UAESP y la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá ESP, celebraron el Contrato Interadministrativo N° 017 de 2012 cuyo objeto es "la gestión y operación del servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá D.C., en sus componentes de recolección, barrido, 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 ello conlleva' (...).

En desarrollo de este compromiso, la UAESP pactó en los Contratos de Operación No. 260 el 19 de Diciembre de 2012 con CONSORCIO ASEO CAPITAL S.A. E.S.P.; No. 261 el 19 de Diciembre de 2012 con LIME S.A. ESP y No. 268 el 22 de Diciembre de 2012 con ATESA S.A. ESP lo siguiente:

'PARAGRAFO PRIMERO. *La Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá-ESP-EAAB ESP realizará la facturación en la zona objeto del presente contrato, sin costo alguno para la contratista'.*

Sin embargo, se observa que Servicios Generales Empresa de Servicios Públicos de Carácter Privado S.A. E.S.P. –SERVIGENERALES S.A. E.S.P. no ha suscrito contrato alguno relacionado con la de prestación del servicio de aseo en el Distrito y además, 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. En consecuencia y por sustracción de materia (usuarios) no puede pretenderse la suscripción de un contrato cuyo objeto es la facturación del servicio prestado a determinados los usuarios, cuando no hay quien se beneficie de dicha prestación."

En atención al anterior argumento del recurso, se debe señalar que de conformidad 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".

El artículo 147 ibídem señala que "(...) 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".

El párrafo de la citada disposición establece: "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 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".

El artículo 4 del Decreto 1987 de 2000, reglamentario del artículo 11 de la Ley 142 de 1994, 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, alcantarillado y aseo, correspondiéndole a la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico - CRA 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".

El artículo 2 ibídem dispone, entre otras cosas, al referirse a la obligación de facturar 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 (...)".

A su turno, el artículo 3 del mencionado Decreto señala que "la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico determinará la forma de liquidar el servicio de facturación y los costos que serán reconocidos por concepto del mismo, así como el margen que pueda percibir la empresa concedente por la prestación del servicio de que trata este decreto".

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 precitadas, 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.

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 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." (Subrayas y negrillas fuera de texto).

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, por lo cual, lo alegado por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P. - EAAB E.S.P. -, no se enmarca dentro de la única excepción contemplada por la normatividad para la no celebración del convenio.

Ahora bien, no compete a esta Entidad señalar o dirimir con quien tienen los contratos de condiciones uniformes los usuarios, pero aún en el hipotético caso que una empresa debidamente constituida no esté prestando el servicio de aseo en un determinado municipio, pero quiera entrar en dicho mercado, nada le impide solicitar el servicio de facturación conjunta a la empresa de acueducto que atienda en esa localidad, y en caso de no lograr acuerdos sobre la materia, acudir a la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, para que se impongan las condiciones que deben regir dicho servicio.

En efecto, vale también precisar que para solicitar un convenio de facturación conjunta no se requiere ser prestador del servicio de aseo en operación, sino que puede tratarse de un acto preparativo para entrar en el respectivo mercado. Es por ello que en la Resolución CRA 422 de 2007 que reglamenta el procedimiento de los convenios de facturación conjunta, en su artículo 1º, establece:

"Artículo 1º. Adiciónese al artículo 1.3.22.1 de la Resolución CRA 151 de 2001, el siguiente literal:

q) Obligaciones adicionales: la persona prestadora solicitante que tenga intención de suscribir convenio de facturación conjunta, deberá presentar, ante la potencial persona prestadora concedente, lo siguiente:

(...).

*2. En los términos del literal b), del presente artículo, debe presentarse el catastro actualizado de usuarios, indicando los principales elementos que lo estructuran, permitiendo identificar individualmente la base de datos de sus usuarios, estrato socioeconómico, clase de uso del servicio y área de prestación en la cual se presta el respectivo servicio. **En caso de no contarse con la información anterior, la persona prestadora solicitante pedirá a la persona prestadora concedente la misma, asumiendo los costos que se puedan generar.***

(...)".

De acuerdo con lo anterior, si el prestador solicitante no tiene un catastro de usuarios, puede solicitar que se tenga como tal el del concedente, asumiendo aquella el costo. Por lo tanto no puede ser motivo de rechazo de la facturación conjunta el no tener contrato de prestación con la EAAB o la UAESP o no ser prestador en el Distrito.

Ahora bien, como ya fue expuesto, en Bogotá D.C. no existen áreas de servicio exclusivo, por lo cual, cualquier persona de las que señala el artículo 15 de la Ley 142 de 1994 puede prestar dicho servicio en el Distrito Capital y, por ende, puede solicitar el servicio de facturación conjunta a la empresa que preste el servicio de acueducto, como es el caso de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P. - EAAB E.S.P., y en caso de no lograr acuerdos sobre la materia, acudir a la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, para que se impongan las condiciones que deben regir dicho servicio.

Así las cosas, resulta claro que el argumento en estudio, expuesto por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P. – EAAB E.S.P., no prospera.

Finalmente, dentro del primer argumento que arguyó la recurrente, expuso:

"Ahora bien, debe tenerse en cuenta que el Decreto 564 mencionado, se encuentra revestido de la presunción de legalidad señalada expresamente en el 88 de la Ley 1437 del 2011 – Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo- que a su tenor establece:

***'... Los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la jurisdicción de lo contencioso administrativo...'** (Subrayado y negrilla fuera de texto). (...).*

*En virtud de lo anterior, es claro que la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico (CRA) no puede expedir resoluciones que contraríen o desconozcan las medidas adoptadas en virtud de la urgencia manifiesta y el deber constitucional, legal y jurisprudencial que le atañe a las autoridades distritales de **garantizar la prestación eficiente de los servicios públicos**, y menos desestimar las prerrogativas otorgadas por las **decisiones del máximo órgano de la jurisdicción constitucional, las cuales se***

constituyen de imperativo cumplimiento so pena de desfigurar los derechos de acceso a la justicia y la realización de una justicia real y efectiva". (...).

En atención al presente argumento, se debe señalar lo siguiente:

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**, (negrilla y Subraya fuera de texto) 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."*

Tal y 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 perspectiva expansionista del ámbito tradicionalmente estatal de ejecución de actividades que comprenden servicios públicos, permitiendo la participación de las comunidades organizadas y de los particulares."* (Subrayado fuera de texto).

Así mismo, la Constitución en su artículo 367 dispone que:

*"**La ley fijará las competencias y responsabilidades relativas a la prestación de los servicios públicos** (subraya y negrilla fuera de texto) **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.**" (Subrayas y negrillas fuera de texto).*

Quiere lo anterior indicar que es **únicamente** posible mediante una **ley** establecer limitaciones a la libre competencia en una actividad económica, que 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.

En este orden de ideas, el artículo 10 de la Ley 142 de 1994 "Por la 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 de 1994 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 exclusivas, 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 H. Corte Constitucional en Sala de Revisión de Tutelas, mediante Sentencia No. 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 párrafo 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.

En efecto, el artículo 15 de la Ley 142 de 1994 establece quiénes son las personas autorizadas por la misma para la prestación de los servicios públicos domiciliarios, citándose en primer lugar a las empresas de servicios públicos. Teniendo en cuenta que Servicios Generales Empresa de Servicios Públicos de Carácter Privado S.A. E.S.P. – SERVIGENERALES 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 en el mismo no existen áreas de servicio exclusivo.

Por lo tanto, de conformidad con lo establecido en la Constitución Política, 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 como 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.

Es así como esta Comisión debe reiterar que tal cual como lo señaló en el acto administrativo impugnado, 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 en el que éstos no logren ponerse de acuerdo, será la CRA quien, conforme 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.

Así las cosas, el argumento del recurso referido a que "LA RESOLUCIÓN CRA 639 DE 2013 DESCONOCE Y VULNERA EL DECRETO 564 DE 2012 Y EL CONTRATO INTERADMINISTRATIVO 017 DE 2012", no prospera.

"b) LOS LÍMITES DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE COMPETENCIA".

"(...) en el marco de sus competencias constitucionales y legales, la UAESP propendiendo por garantizar la inclusión de la población recicladora, instituyó un esquema transitorio y excepcional, mientras se lleva a cabo el procedimiento señalado en el artículo 40 de la ley 142 de 1994.

*Con todo, se respeta el núcleo esencial de la libertad de empresa, en el sentido que el actual esquema es transitorio, y más aún, **el esquema transitorio integra participación pública privada de empresas caracterizadas por su solidez financiera y prestación con calidad**, que fueron seleccionadas por su trayectoria en la prestación de servicios públicos, y para promover la inclusión de la población recicladora desde antes que se lleve a cabo el proceso (sic) de concesión de áreas de servicio exclusivo en el Distrito Capital."*

En este orden, se reitera que tanto la Constitución como la Ley consagran la libre competencia, la cual sólo puede ser restringida por las causas señaladas en la Ley.

Por lo anterior, es deber legal de la Comisión continuar adelantado las actuaciones administrativas de facturación conjunta solicitada, pues como ya se dijo, en el Distrito no hay áreas de servicio exclusivo, lo cual significa entonces que en el Distrito rige la regla general de prestación del servicio en libre competencia y que dentro de dicho esquema, es obligación de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios celebrar convenios de facturación conjunta con los prestadores de los servicios de saneamiento básico, como es el caso del servicio de aseo, siempre que no existan razones técnicas insalvables, debidamente justificadas ante la Superintendencia de Servicios Públicos.

Así las cosas, teniendo en cuenta que Servicios Generales Empresa de Servicios Públicos de Carácter Privado S.A. E.S.P. – SERVIGENERALES S.A. E.S.P., presentó ante la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, solicitud de imposición de facturación conjunta en los términos del Decreto 2668 de 1999 y la Resolución CRA 422 de 2007, la Entidad debía adelantar el trámite correspondiente y culminarlo con la decisión de fondo, que correspondía en derecho.

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.

Entonces es claro que la normatividad vigente garantiza la libre competencia, y dispone que no se podrán exigir permisos previos ni requisitos, que no estén establecidos en la Ley, 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 142 de 1994.

Aunado a lo anterior, es importante agregar que una empresa de aseo puede escoger libremente con quién 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 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 sobre 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 de dicho 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 cuentan 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 Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P. – EAAB 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....". (Negrilla y subrayado fuera de texto).

En mérito de todo lo expuesto, el argumento de la empresa referido a "b) LOS LÍMITES DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE COMPETENCIA", no prospera

"III.- VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO POR INDEBIDA NOTIFICACIÓN DE LA RESOLUCIÓN CRA No. 639 DE 2013.

IV.- VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 29 DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL".

Si bien estos dos argumentos fueron expuestos por el apoderado de la recurrente en dos numerales diferentes, el análisis de esta Comisión respecto de los mismos se expondrá de manera conjunta, teniendo en cuenta que ambos se refieren a la supuesta vulneración del derecho y principio del debido proceso *por indebida notificación de la resolución impugnada*.

En este punto afirmó el apoderado de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P. que "El artículo 68 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo regula la forma como debe llevarse a cabo la citación para la notificación personal de los actos administrativos señala que: "...el envío de la citación se hará dentro de los cinco (5) días siguientes a la expedición del acto, y de dicha diligencia se dejará constancia en el expediente." (Negrilla y cursiva fuera de texto).

Así mismo, expuso: "*Sin lugar a duda, el término de citación del artículo 68 de la Ley 1437 de 2011, es de orden público y aplicación preferencial, amparado por el marco constitucional previsto en los incisos 10. Y 2°. Del artículo 29 de la Constitución Nacional al exigir la aplicación del DEBIDO PROCESO en toda actuación judicial o ADMINISTRATIVA y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio*".

Para analizar los presentes argumentos, es importante señalar que el artículo 29 de la Constitución Política de 1991 establece que:

"Artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

(...)".

En concordancia con lo anterior, el artículo 209, ibídem señala que: "La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley (...)".

Ahora, en lo relativo al deber y forma de la notificación personal, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en el artículo 66 establece: "Los actos administrativos de carácter particular deberán ser notificados en los términos establecidos en las disposiciones siguientes".

Es así como, en lo que refiere a la notificación personal, el artículo 67 del mismo Código, dispone que:

"Las decisiones que pongan término a una actuación administrativa se notificarán personalmente al interesado, a su representante o apoderado, o a la persona debidamente autorizada por el interesado para notificarse.

En la diligencia de notificación se entregará al interesado copia íntegra, auténtica y gratuita del acto administrativo, con anotación de la fecha y la hora, los recursos que legalmente proceden, las autoridades ante quienes deben interponerse y los plazos para hacerlo.

El incumplimiento de cualquiera de estos requisitos invalidará la notificación (...)".

El artículo 68 ibídem señala que: "Si no hay otro medio más eficaz de informar al interesado, se le enviará una citación a la dirección, al número de fax o al correo electrónico que figuren en el expediente o puedan obtenerse del registro mercantil, para que comparezca a la diligencia de notificación personal. El envío de la citación se hará dentro de los cinco (5) días siguientes a la expedición del acto, y de dicha diligencia se dejará constancia en el expediente (...)"

Y más adelante, en el artículo 69, se prevé que: "Si no pudiere hacerse la notificación personal al cabo de los cinco (5) días del envío de la citación, esta se hará por medio de aviso que se remitirá a la dirección, al número de fax o al correo electrónico que figuren en el expediente o puedan obtenerse del registro mercantil, acompañado de copia íntegra del acto administrativo. El aviso deberá indicar la fecha y la del acto que se notifica, la autoridad que lo expidió, los recursos que legalmente proceden, las autoridades ante quienes deben interponerse, los plazos respectivos y la advertencia de que la notificación se considerará surtida al finalizar el día siguiente al de la entrega del aviso en el lugar de destino".

Pues bien, en concordancia con las normas del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señaladas anteriormente que establecen el deber de la administración de notificar personalmente o en su defecto por aviso las decisiones que pongan fin a una actuación administrativa, la Corte Constitucional ha determinado respecto a las notificaciones, lo siguiente:

*"9. Dentro del contexto de las actuaciones administrativas como etapas del proceso administrativo que culminan con decisiones de carácter particular, la notificación, **entendida como la diligencia mediante el cual se pone en conocimiento de los interesados el contenido de los actos que en ellas se produzcan**, tiene como finalidad garantizar los derechos de defensa y de contradicción como nociones integrantes del concepto de debido proceso a que se refiere el artículo 29 de la Constitución Política. En efecto, la notificación permite que la persona a quien concierne el contenido de una determinación administrativa la conozca, y con base en ese conocimiento pueda utilizar los medios jurídicos a su alcance para la defensa de sus intereses. Pero más allá de este propósito básico, la notificación también determina el momento exacto en el cual la persona interesada ha conocido la decisión, y el correlativo inicio del término preclusivo dentro del cual puede interponer los recursos para oponerse a ella. **De esta manera, la notificación cumple dentro***

de cualquier actuación administrativa un doble propósito: de un lado, garantiza el debido proceso permitiendo la posibilidad de ejercer los derechos de defensa y de contradicción, y de otro, asegura los principios superiores de celeridad y eficacia de la función pública al establecer el momento en que empiezan a correr los términos de los recursos y acciones que procedan en cada caso. También la notificación da cumplimiento al principio de publicidad de la función pública.

Por todo lo anterior no es constitucionalmente indiferente cómo el legislador regula la forma en la cual deben cumplirse las notificaciones dentro de las actuaciones administrativas que culminan con decisiones de carácter particular. Una deficiente regulación al respecto, que impida que los administrados conozcan efectivamente el contenido de las decisiones que les incumben, atenta directamente contra sus derechos fundamentales, concretamente contra los de defensa y contradicción involucrados en la noción de debido proceso. Pero además, una deficiente regulación de la notificación, que arroje incertidumbre sobre el momento en el cual queda surtida o sobre el real conocimiento del acto por parte de los posibles afectados por su contenido, impide que los actos administrativos cobren firmeza, con lo cual la celeridad y eficacia de la función pública, amén de la publicidad de la misma, quedan comprometidas." (Subrayado y negrilla fuera del texto)³.

De lo trasuntado anteriormente, se colige que la notificación de las decisiones que ponen fin a las actuaciones administrativas es la oportunidad de dar a conocer al interesado el contenido de dichas decisiones y que de esa manera pueda utilizar los mecanismos jurídicos que considere pertinentes para oponerse a ellos de conformidad con las normas vigentes, garantizando el debido proceso administrativo en cuanto al derecho de defensa y dando cumplimiento a los principios de publicidad, celeridad y eficacia que deben regir la función pública.

Es así como **"Las actuaciones administrativas constituyen la etapa del procedimiento administrativo que antecede al acto administrativo. Posteriormente a esta etapa viene la comunicación, publicación o notificación de tal acto y luego el trámite de los recursos, llamado también vía gubernativa. Las actuaciones administrativas vinieron a ser reguladas por primera vez en el C.C.A., ante la necesidad sentida de establecer unas normas que se refirieran a la actividad de la Administración previa al acto administrativo. Esta etapa previa de formación del acto administrativo no había sido hasta entonces objeto de regulación específica, pues las leyes anteriores se limitaban a establecer las normas para impugnar tales actos mediante la llamada vía gubernativa"**⁴. (Subrayas y negrillas fuera de texto).

Establecido lo anterior y de cara al argumento expuesto en el recurso, en lo que se refiere al debido proceso, como se citó anteriormente en el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, señala que cuenta con las siguientes características:

- Es de rango constitucional.
- Involucra todas las garantías propias del derecho al debido proceso en general: los derechos de defensa, contradicción y controversia probatoria, el derecho de impugnación, y la garantía de publicidad de los actos de la Administración.
- No existe solamente para impugnar una decisión de la Administración, sino que se extiende durante toda la actuación administrativa que se surte para expedirla, y posteriormente en el momento de su comunicación e impugnación.
- Debe responder no sólo a las garantías estrictamente procesales, sino también a la efectividad de los principios que informan el ejercicio de la función pública, como los son los de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.
- La adecuada notificación de los actos administrativos de carácter particular tiene especial importancia para garantizar el derecho al debido proceso administrativo, y los principios de publicidad y de celeridad de la función administrativa.
- Se trata de un derecho subjetivo que está relacionado con la facultad que tienen las personas interesadas en una decisión administrativa de exigir que su adopción se someta a un proceso dentro del cual asegure la vigencia de los derechos constitucionales de contradicción, impugnación y publicidad"⁵.

Es así como debe entenderse que los derechos de defensa, contradicción y publicidad, que conforman la noción de debido proceso, deben considerarse como garantías constitucionales que deben presidir

³ Sentencia C- 640 de 2002 de la Corte constitucional.

⁴ Sentencia C-640 de 2002 de la Corte Constitucional.

⁵ Sentencia T-103 de 2006 de la Corte Constitucional.

Buy D

22
Cau
EM

toda actividad o actuación de la administración, en cualquiera de sus etapas, es decir desde la iniciación misma de cualquier procedimiento administrativo hasta su conclusión, cobijando a todas las personas que puedan resultar obligadas en virtud de lo resuelto por la Administración.

Aunado a lo anterior, se debe destacar que los actos administrativos de carácter particular deben ser notificados, para lo cual, la administración debe ponerlos en conocimiento de sus destinatarios, con el fin, no sólo de que éstos se enteren de su contenido y los observen, sino que, además, permita impugnarlos a través de los correspondientes recursos, como sucede en el caso en estudio.

En razón a lo anterior, la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico expidió la Resolución CRA 639 de 2013, "Por la cual se imponen las condiciones que deben regir el servicio de facturación conjunta del servicio público de aseo entre la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P. – EAAB E.S.P. y Servicios Generales Empresa de Servicios Públicos de Carácter Privado S.A. E.S.P. – SERVICIOS GENERALES S.A. E.S.P.", y mediante radicados CRA 2013-211-003108-1 y 2013-211-003107-1 de 19 de junio de 2013 fueron enviadas las respectivas citaciones para notificación personal tanto a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P. – EAAB E.S.P., como a Servicios Generales Empresa de Servicios Públicos de Carácter Privado S.A. E.S.P. – SERVICIOS GENERALES S.A. E.S.P.; en dichas citaciones se estableció lo siguiente:

*"El artículo segundo de la Resolución CRA 639 de 2013, ordena lo siguiente: **"NOTIFICAR personalmente el contenido de la presente resolución al representante legal de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P. – EAAB E.S.P. o a quien haga sus veces, así como así como al representante legal de Servicios Generales Empresa de Servicios Públicos de Carácter Privado S.A. E.S.P. – SERVICIOS GENERALES S.A. E.S.P. o a quien haga sus veces, entregándoles copia íntegra, auténtica y gratuita de la misma, y advirtiéndoles que contra ella sólo procede el recurso de reposición ante la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, el cual deberá ser interpuesto dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la fecha de su notificación, conforme lo establece el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.***

"Si no pudiere hacerse la notificación personal al cabo de los cinco (5) días de envío de la citación, esta se hará por medio de aviso, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 69 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo".

En consecuencia, nos permitimos solicitarle acercarse a las instalaciones de esta Comisión de Regulación, ubicadas en la carrera 12 No. 97-80 Piso 2, de la ciudad de Bogotá D.C., a más tardar el quinto (5º) día hábil siguiente al envío de la presente comunicación, a fin de notificarle personalmente el acto administrativo mencionado.

Si al finalizar el término indicado, usted, o su apoderado debidamente autorizado no se han hecho presentes, la notificación se hará por medio de aviso, que se entenderá surtida al finalizar el día siguiente al de la entrega del mismo en el lugar de destino, de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 69 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo".

La mencionada notificación se llevó a cabo según lo establecido en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en cuanto al deber y la forma de la notificación personal, y el contenido de ésta (artículo 67), tanto así que como quiera que ninguno de los representantes legales de las empresas referidas se notificaron personalmente de la Resolución CRA 639 de 2013, dentro del término legal para ello, en acatamiento de lo dispuesto por el artículo 69 de la Ley 1437 de 2011, se procedió a notificar dicho acto a través de avisos remitidos a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P. mediante radicado CRA 2013-211-003360-1 de 4 de julio de 2013, y a Servicios Generales Empresa de Servicios Públicos de Carácter Privado S.A. E.S.P. – SERVICIOS GENERALES S.A. E.S.P. por medio de comunicación CRA 2013-211-003490-1 de 10 de julio de 2013, informándoles que contra la misma procedía el recurso de reposición, el cual debía interponerse ante esta Comisión dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a su notificación, la cual se entendería surtida al finalizar el día siguiente al de la entrega del aviso en el lugar de destino.

De conformidad con lo antes visto respecto de las notificaciones, debe entenderse que para que la decisión tomada por la administración pueda producir los efectos jurídicos mencionados, resulta necesario que la misma haya sido puesta en conocimiento del interesado o afectado.

Ahora bien, el acto administrativo que cumpla con los elementos esenciales es válido desde el momento de su creación unilateral por parte de la Administración; diferente será lo relativo a su

eficacia, la cual se requiere para empezar a contar los términos de prescripción, caducidad y pérdida de fuerza ejecutoria del acto administrativo válidamente expedido. Es así como sólo a partir del momento en que el acto administrativo sea eficaz, esto es, que se haya surtido su notificación, será oponible frente a terceros y, por ende, es sólo a partir de dicha fecha que se pueden empezar a contar los términos para su ejecutabilidad, quedando claro que **la publicidad de un acto administrativo no es requisito para su validez, solo constituye un requisito de eficacia del mismo, este no será obligatorio para los particulares hasta tanto no se da a conocer.**

Sobre la notificación, ha establecido la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional en la Sentencia C-1114 de 2003, lo siguiente:

"La notificación es el acto material de comunicación por medio del cual se ponen en conocimiento de las partes o terceros interesados los actos de particulares o las decisiones proferidas por la autoridad pública. La notificación tiene como finalidad garantizar el conocimiento de la existencia de un proceso o actuación administrativa y de su desarrollo, de manera que se garanticen los principios de publicidad, de contradicción y, en especial, de que se prevenga que alguien pueda ser condenado sin ser oído. Las notificaciones permiten que materialmente sea posible que los interesados hagan valer sus derechos, bien sea oponiéndose a los actos de la contraparte o impugnando las decisiones de la autoridad, dentro del término que la ley disponga para su ejecutoria. Sólo a partir del conocimiento por las partes o terceros de las decisiones definitivas emanadas de la autoridad, comienza a contabilizarse el término para su ejecutoria..."

Así las cosas, se observa que si bien es cierto dentro de la presente actuación no se envió la citación para notificación personal dentro de los cinco (5) días siguientes a su expedición, no es menos cierto que la notificación de la decisión sí se produjo de conformidad con las ritualidades que exige el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, por lo cual, la Resolución CRA 639 de 2013, es válida desde su expedición, y empezó a producir efectos desde el momento de su notificación.

Por lo expuesto, el hecho señalado por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P. – EAAB E.S.P. - no invalida la actuación, pues lo cierto del caso es que la notificación se produjo en debida forma tanto a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P. – EAAB E.S.P. como a Servicios Generales Empresa de Servicios Públicos de Carácter Privado S.A. E.S.P. – SERVIDGENERALES S.A. E.S.P., tal como consta en las respectivas constancias de notificación por aviso que se hizo a ambas empresas.

Es necesario señalar, además, que la falta de notificación o la notificación irregular de los **actos administrativos**, no es una causal de nulidad de los mismos conforme a nuestro ordenamiento, sino un requisito de eficacia y oponibilidad.

Así las cosas, una vez se produjo la notificación de la Resolución CRA 639 de 6 de mayo de 2013 a las partes, ésta empezó a producir los respectivos efectos.

Aunado a lo anterior y en orden al escrito de la recurrente, la notificación de la Resolución CRA 639 de 2013, se surtió en debida forma, con fecha cierta y permitió hacer uso de los medios jurídicamente idóneos para la salvaguarda de los intereses de las partes, tanto así, que la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P. - EAAB E.S.P. interpuso reposición contra la misma, que hoy es objeto de estudio en el presente acto administrativo.

Es por todo lo anterior, que el planteamiento de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P. – EAAB E.S.P., resulta insustancial en la presente actuación, teniendo en cuenta que no existe repercusión alguna en las posibilidades de defensa ni mucho menos se perturbó el curso normal del proceso, aun mas, para que los actos que ponen fin a las actuaciones administrativas tengan vocación de ejecutoria, es requisito indispensable que el mismo esté en posibilidad de producir efectos jurídicos y sólo cumplen tal condición las decisiones de la Administración que han sido dadas a conocer a los interesados a través del medio y condiciones de fondo y forma previstas en la ley para el efecto, como ocurrió en el presente caso.

Finalmente, no está de más señalar que de conformidad con el artículo 72 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, si la notificación se realiza "Sin el lleno de los anteriores requisitos no se tendrá por hecha la notificación, ni producirá efectos legales la decisión, a menos que la parte interesada revele que conoce el acto, consienta la decisión o

Ruy 2

24
Cav. 24

interponga los recursos legales". (Subraya fuera de texto). Dicha situación se presentó ante la interposición del recurso de reposición mediante radicado CRA 2013-321-003326-2 de 22 de julio de 2013, que hoy nos ocupa.

Respalda lo anterior, la tesis acogida por el Consejo de Estado⁶, en donde señaló:

*"...La falta de notificación del acto administrativo conlleva su ineficacia, que consiste en la imposibilidad de producir los efectos para los cuales se profirió, en consideración a que la publicidad del acto administrativo es un requisito indispensable para que las decisiones administrativas sean obligatorias. Así lo ha señalado la Sala con sustento en lo dispuesto en el CCA: "La falta de notificación o la notificación irregular de los **actos administrativos**, fenómenos que tienen efectos equivalentes según lo preceptuaba el Decreto Extraordinario N° 2733 de 1959 y lo dispone hoy el Decreto Extraordinario N° 01 de 1984, no es causal de nulidad de los mismos; en efecto, dicha notificación es necesaria, cuando así lo señala la ley (y lo hace para todos los **actos administrativos** de contenido particular que hayan culminado una actuación administrativa), como una condición de su eficacia; es decir en tanto constituye una de las etapas del procedimiento que tiene por objeto dar firmeza a la decisión administrativa, la cual —a su turno— es requisito necesario para su ejecución válida. En otros términos la notificación del acto administrativo no dice relación con su validez jurídica la cual no sufre variación por el hecho de que se haya cumplido con la obligación de notificarlo legalmente o se haya prescindido de dicha diligencia; el acto administrativo que nació viciado no se sanará porque, con posterioridad, se notifique legalmente; y al revés, el acto que nace válido no pierde validez porque se deje de notificar o porque la notificación sea irregular. Es una simple aplicación del principio según el cual el examen de validez jurídica de los **actos administrativos** que hace el contralor jurisdiccional se debe efectuar, por regla general, en el momento de su nacimiento, de modo que las circunstancias posteriores no afectan una situación inicial..."*

En consecuencia, los argumentos de la empresa recurrente analizados en este punto, no prosperan.

Abogacía de la competencia.

De conformidad con lo previsto en el artículo 7 de la Ley 1340 de 2009 "Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección a la competencia", "(...) la Superintendencia de Industria y Comercio podrá rendir concepto previo sobre los proyectos de regulación estatal que puedan tener incidencia sobre la libre competencia en los mercados. Para estos efectos las autoridades de regulación informarán a la Superintendencia de Industria y Comercio de los actos administrativos que se pretendan expedir (...)".

El artículo 4 del Decreto 2897 de 2010, "Por el cual se reglamenta el artículo 7 de la Ley 1340 de 2009", contempla las excepciones al deber de informar sobre los proyectos de regulación a la Superintendencia de Industria y Comercio.

En relación con las excepciones contenidas en el mencionado artículo, en el numeral 3 se dispone que no se requerirá informar a la Superintendencia de Industria y Comercio sobre un proyecto de regulación "Cuando se trate de un acto de carácter particular y concreto que tenga por finalidad resolver un conflicto entre empresas."

Lo anterior, dando cumplimiento a lo dispuesto en el párrafo del artículo 4 del citado Decreto, que señala: "En cualquiera de los anteriores eventos la autoridad de regulación deberá dejar constancia expresa en el acto administrativo de la razón o razones que sustentan la excepción que invoca para abstenerse de informar a la Superintendencia de Industria y Comercio sobre el proyecto".

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

RESUELVE:

ARTÍCULO 1º. CONFIRMAR íntegramente la Resolución CRA 639 de 6 de mayo de 2013 "Por la cual se imponen las condiciones que deben regir el servicio de facturación conjunta del servicio público de aseo entre la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P. – EAAB E.S.P. y Servicios Generales Empresa de Servicios Públicos de Carácter Privado S.A. E.S.P. – SERVIGENERALES S.A.

⁶ Consejo de Estado. Sentencia No. 68001-23-15-000-2002-01016-02(29285-25934) de Sección 3ª, 20 de Septiembre de 2007. CP: Ramiro Saavedra Becerra.

E.S.P.", de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente resolución.

ARTÍCULO 2º.- NOTIFICAR personalmente el contenido de la presente resolución al representante legal de la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA E.S.P.- EAAB E.S.P.-, doctor Alberto Merlano Alcocer o a quien haga sus veces, así como a la representante legal de SERVICIOS GENERALES EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DE CARÁCTER PRIVADO S.A. E.S.P. – SERVIGENERALES S.A. E.S.P., doctora Mayda Jhojana Forero o a quien haga sus veces, informándoles que contra la misma no procede ningún recurso.

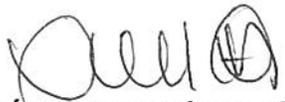
De no poder hacerse la notificación personal, ésta se hará por medio de aviso, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 69 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

ARTÍCULO 3º.- COMUNICAR el contenido de la presente resolución a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, para lo de su competencia.

ARTÍCULO 4º.VIGENCIA La presente Resolución rige desde la fecha de su notificación.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C. a los veinticuatro (24) días del mes de septiembre de dos mil trece (2013).



IVÁN MUSTAFÁ DURÁN
Presidente



SILVIA JULIANA YEPES SERRANO
Directora Ejecutiva