

REPÚBLICA DE COLOMBIA



Libertad y Orden

MINISTERIO DE VIVIENDA, CIUDAD Y TERRITORIO

COMISIÓN DE REGULACIÓN DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BÁSICO

RESOLUCIÓN CRA 630 DE 2013

(30 de enero de 2013)

***“Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por las Empresas Públicas de Armenia E.S.P –EPA- contra la Resolución CRA 619 del 21 de septiembre de 2012”***

LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO BÁSICO

En ejercicio de las facultades legales y en especial de las conferidas en Código Contencioso Administrativo, la Ley 142 de 1994, y en los Decretos 1524 de 1994, 2882 y 2883 de 2007 y,

CONSIDERANDO

1. ANTECEDENTES

Que mediante Oficio SG.Ar 10-011211 del 1 de diciembre de 2011, Servigenerales S.A E.S.P, presentó solicitud formal del servicio de facturación conjunta a Empresas Públicas de Armenia S.A. E.S.P. –EPA E.S.P.

Que a través del Oficio GG- 1231 de 6 de diciembre de 2011, Empresas Públicas de Armenia E.S.P.,- EPA E.S.P., informó a Servigenerales S.A E.S.P., que consideraban viable la suscripción de un convenio de facturación conjunta entre las empresas a partir del 1 de enero de 2012, por lo tanto solicitaron programar una reunión preparatoria del convenio a celebrar.

Que en comunicación con radicado CRA 2011-321-006701-2 del 19 de diciembre de 2011, Servigenerales S.A E.S.P., informó a la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, el inicio de las mesas de trabajo para el 20 de diciembre de 2011, a las nueve de la mañana (9:00 am).

Que en consecuencia, el 5 de enero de 2012, mediante radicado CRA 2012-211-000039-1, la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, le comunicó a Servigenerales S.A. E.S.P., en lo referente al inicio de las mesas de trabajo que *“En el marco de las competencias enunciadas únicamente intervendrá en desarrollo del procedimiento descrito para efectos de la suscripción o imposición de un convenio de facturación conjunta, en cumplimiento de lo establecido en la normatividad referida”*.

2  
my

Que bajo radicado CRA 2012-321-001321-2 del 20 de marzo de 2012, Empresas Públicas de Armenia E.S.P., -EPA E.S.P., remitió a esta Comisión, copia del oficio enviado a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, en donde señaló *"la imposibilidad tecnológica por la saturación de la plataforma informática de prestar dicho servicio conjunto de facturación, distribución y recaudo, con Servigenerales S.A. E.S.P."*

Que a través de comunicaciones radicadas bajo los consecutivos CRA 2012-321-001572-2 de 10 de abril de 2012 y 2012-321-001734-2 del 19 de abril de 2012, Servigenerales S.A. E.S.P., solicitó a esta Comisión *"dar cumplimiento a lo establecido en la etapa cuatro de la Resolución CRA No. 422 de 2007, en desarrollo de lo previsto por el Decreto 2668 de 1999, y en consecuencia, convocar a **EMPRESAS PUBLICAS DE ARMENIA E.S.P.**, a exponer dentro del término allí previsto, las posiciones finales al momento de la culminación de la etapa de negociación directa",* así como *"continuar con el procedimiento establecido en el artículo segundo de la resolución CRA 422 de 2007 en su numeral 5 y, en consecuencia se proceda a imponer las condiciones del servicio de facturación Conjunta entre **SERVIGENERALES S.A. E.S.P.** y **EPA E.S.P.**, de conformidad con los soportes y fundamentos probatorios allegados oportunamente a la comisión mediante el radicado antes aludido",* respectivamente.

Que mediante consecutivo CRA 2012-211-001737-1 del 27 de abril de 2012, esta Comisión informó a Servigenerales S.A. E.S.P., que el Comité de Expertos en sesión ordinaria No.14 del 27 de abril de 2012, determinó que: *"(...) las conclusiones de la SSPD en relación con las limitaciones e inconvenientes técnicos insalvables, alegados por **EMPRESAS PÚBLICAS DE ARMENIA E.S.P.**, son determinantes para el trámite de la solicitud de servicio de facturación conjunta presentado por su empresa a EPA E.S.P, por lo que es necesario conocer el pronunciamiento de la SSPD al respecto, para continuar con el procedimiento pertinente"*.

Que conforme con el radicado CRA 2012-321-001986-2 de 3 de mayo de 2012, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, remitió a esta Comisión, copia de la respuesta dada al Gerente de Empresas Públicas de Armenia E.S.P. -EPA E.S.P., en lo referente a las imposibilidades tecnológicas alegadas, considerando que *"En este sentido para que esta Entidad pueda emitir un pronunciamiento sobre su solicitud, resulta necesaria que Usted amplíe las justificaciones técnicas **insalvables y comprobables**, por cuanto si bien en su comunicación Usted hace mención a algunas imposibilidades que a su juicio considera insalvables, no se remiten las pruebas conducentes y pertinentes que permitan a esta Superintendencia comprobar la imposibilidad de suscribir el convenio"*. (Cursiva y negrilla fuera del texto)

Que así mismo, esta Comisión recibió la comunicación con radicado CRA 2012-321-002226-2 del 17 de mayo de 2012, a través de la cual Servigenerales S.A. E.S.P., le informó a EPA E.S.P, la culminación de la etapa de negociación directa para la suscripción del convenio de facturación conjunta, en los términos del numeral 4 del artículo 2 de la Resolución CRA 422 de 2007.

Que el 23 de mayo de 2012, Servigenerales S.A. E.S.P, mediante radicado CRA 2012-321-002289-2, informó a la Comisión la culminación de la etapa de negociación directa y solicitó requerir a las Empresas Públicas de Armenia E.S.P.

Que dado lo anterior, esta Comisión de Regulación bajo el radicado CRA 2012-211-002115-1 del 25 de mayo de 2012, le informó a Servigenerales S.A. E.S.P, que el Comité de Expertos en sesión ordinaria No. 18 del 24 de mayo de 2012, decidió convocar a la persona prestadora solicitante y a la potencial persona concedente, con el fin de que expusieran sus posiciones finales al momento de la culminación de la etapa de negociación directa.

Que así las cosas, bajo los radicados CRA 2012-221-002115-1 y 2012-221-002117-1 del 25 de mayo de 2012, respectivamente, la Comisión envió comunicaciones a Servigenerales S.A.

E.S.P. y EPA E.S.P., convocándolas para el 5 de junio de 2012, en virtud del inciso segundo del numeral cuarto del artículo 2 de la Resolución CRA 422 de 2007.

Que el 5 de junio de 2012, tal como consta en el Acta de Reunión que reposa en el expediente, se llevó a cabo la reunión entre SERVIGENERALES S.A E.S.P. y EPA E.S.P., en virtud de lo dispuesto en la Resolución CRA 422 de 2007, concluyendo que para Servigenerales S.A. E.S.P., la etapa de negociación directa había culminado y que las partes estuvieron de acuerdo en todos los aspectos de la facturación, salvo en lo que se refiere a las posibles razones técnicas insalvables alegadas por EPA E.S.P. Por su parte, EPA E.S.P., solicitó un término de quince (15) días para allegar las razones técnicas insalvables.

Que mediante radicado CRA 2012-211-002990-1 del 19 de junio de 2012, esta Comisión dio traslado a EPA E.S.P., de la comunicación radicada bajo el consecutivo CRA 2012-321-0022892 de 23 de mayo de 2012, mediante el cual Servigenerales S.A E.S.P., informó acerca de la culminación de la etapa de negociación directa desde el 17 de mayo de 2012, aportando el estado y avance definitivo de la negociación, con el fin de que se pronunciara al respecto y procediera a remitir las posibles razones técnicas insalvables, así como para que informara, sobre el estado y avance definitivo de las negociaciones, aportando el modelo de costos objeto de la negociación con los soportes de los mismos basados en la metodología prevista en la Sección 1.3.23 de la Resolución CRA 151 de 2001, indicando de manera general los acuerdos, desacuerdos y sus causas generadoras, igualmente se solicitó que presentaran una propuesta debidamente sustentada para efectos de solucionar sus diferencias.

Que mediante radicado CRA 2012-321-002877-2 de 29 de junio de 2012, EPA E.S.P., atendió el requerimiento efectuado por esta Comisión, anexando un CD con el estudio, que según la empresa, soportaba los "inconvenientes técnicos insalvables", documento que fue remitido mediante radicado CRA 2012-211-0041811 de 19 de julio de 2012 a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, por ser el ente encargado de pronunciarse sobre el tema, de conformidad con lo previsto por el Decreto 2668 de 1999.

Que bajo los radicados CRA 2012-321-003981-2 y 2012-321-004000-2 de 15 y 16 de agosto de 2012, respectivamente, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, envió copia a esta Comisión de la respuesta dada a la Gerente General de las Empresas Públicas de Armenia, EPA.E.S.P, respecto del documento enviado donde hacía alusión a las presuntas condiciones técnicas insalvables para suscribir convenio de facturación conjunta con Servigenerales S.A E.S.P, en los siguientes términos:

**"1. Adaptación del software**

**(...) No se encuentra una afirmación de la empresa sobre la imposibilidad tecnológica para realizar la facturación conjunta" (...)**

**2. Capacidad de Procesamiento**

**(...) no se afirma sobre la imposibilidad tecnológica para hacerlo en el mediano o largo plazo (...)**

**3. Capacidad de Almacenamiento**

**(...) no manifiesta imposibilidad tecnológica (...)**

*Por todo lo expuesto, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios en cumplimiento de la obligación legal, considera que las razones técnicas insalvables argumentadas por las Empresas Públicas de Armenia – EPA ESP, no constituyen ni justifican la imposibilidad de suscribir un convenio de*

*facturación conjunta con la empresa Servicios Generales Empresa de Servicios Públicos de carácter Privado-SERVIGENERALES S.A E.S.P, en virtud a que como ustedes manifiestan "adaptar el software para el proceso es algo realizable pero largo en función del tiempo", de lo que se puede colegir que si es posible."*

Que en desarrollo de la actuación administrativa, teniendo en cuenta los documentos obrantes en el expediente, se concluyó que el desacuerdo final presentado por las partes se concretó en las razones técnicas insalvables alegadas por EPA E.S.P.

Que EPA E.S.P., respecto del traslado realizado por esta Comisión mediante radicado CRA 2012-211-002990-1 del 19 de junio de 2012, únicamente procedió a enviar un CD donde constaban las razones técnicas insalvables alegadas por esta, sin referirse de ninguna manera a lo señalado por Servigenerales S.A E.S.P, en el documento radicado CRA 2012-321-002289-2 del 23 de mayo de 2012, ni informó sobre el estado y avance definitivo de las negociaciones, ni presentó propuesta debidamente sustentada para efectos de solucionar las diferencias.

Que, de otra parte del contenido del Acta de Reunión de 5 de junio de 2012, antes citada, se puede evidenciar que Servigenerales S.A E.S.P., manifestó como conclusión que *"las partes están de acuerdo en todos los aspectos de la facturación conjunta salvo en las posibles razones técnicas insalvables"*, respecto de lo cual EPA E.S.P, no pronunció opinión alguna en contrario.

Que como resultado de la solicitud de imposición de las condiciones que deben regir el servicio de facturación conjunta, la Comisión expidió la Resolución CRA 619 del 21 de septiembre de 2012, *"Por la cual se imponen las condiciones que deben regir el servicio de facturación conjunta del servicio público de aseo entre las Empresas Públicas de Armenia – EPA E.S.P y Servigenerales S.A E.S.P."*

Que el día 9 de octubre de 2012, mediante radicados CRA 2012-211-006330-1 y 2012-211-006331-1 se enviaron las citaciones para notificación personal al Representante Legal de las Empresas Públicas de Armenia E.S.P. y al Representante Legal de Servigenerales S.A E.S.P, respectivamente.

Que el día 12 de octubre de 2012, se notificó personalmente la Resolución CRA 619 de 2012, a la Dra. Ivonne Maritza Aristizabal Rojas, en su calidad de Representante Legal Suplente de la Empresa Servigenerales S.A E.S.P.

Que, la mencionada Resolución fue notificada a Empresas Públicas de Armenia E.S.P., por edicto fijado el 19 de octubre de 2012 y desfijado el 1 de noviembre de 2012, de conformidad con lo previsto por el artículo 45 del Código Contencioso Administrativo.

Que el día 9 de noviembre de 2012, estando dentro del término legal, la Representante Legal de las Empresas Públicas de Armenia – EPA E.S.P., presentó recurso de reposición en contra de la citada Resolución, radicado bajo el consecutivo CRA 2012-321-005260-2.

Que en la misma fecha, mediante radicado CRA 2012-211-007807-1, la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, corrió traslado a Servigenerales S.A E.S.P., del recurso interpuesto por las Empresas Públicas de Armenia – EPA E.S.P., por el término de dos (2) días hábiles.

Que conforme con lo publicado en la página web de la empresa Servicios Postales Nacionales S.A. 4-72, el oficio con radicado CRA No. CRA 2012-211-007807-1 del 9 de noviembre de 2012, con número de guía RN1111111Z6V00CGX2, fue entregado a Servigenerales S.A E.S.P., el 15 de noviembre de 2012, a las 4:17 pm.

*Handwritten signature or initials.*

Que el día 16 de noviembre de 2012, mediante radicado CRA 2012-321-005361-2, Servigenerales S.A E.S.P., presentó escrito mediante el cual describió traslado del recurso de reposición, solicitando se confirme la Resolución CRA 619 de 2012.

## 2. NORMATIVIDAD APLICABLE

Que 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.

Que en concordancia con lo anterior, el artículo 3 del Decreto 2883<sup>1</sup> de 2007, 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.

Que, a su turno la Ley 142 de 1994 en su artículo 1° dispone que su ámbito de aplicación gira en torno a la prestación de "(...) los servicios públicos de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, distribución de gas combustible, y a las actividades que realicen las personas prestadoras de servicios públicos de que trata el artículo 15 de la presente Ley, y a las actividades complementarias definidas en el Capítulo II del presente título y a los otros servicios previstos en normas especiales de esta Ley."

Que el numeral 14.8 del artículo 14 de la Ley 142 de 1994, dispone que se entiende por regulación de los servicios públicos, la facultad de dictar normas de carácter general o particular en los términos de la Constitución y de la Ley, para someter la conducta de las personas que prestan los servicios públicos domiciliarios a las reglas, normas, principios y deberes establecidos por la Ley y los reglamentos<sup>2</sup>.

Que de conformidad con lo establecido en el artículo 73 de la Ley 142 de 1994, las Comisiones de Regulación tienen la función de regular los monopolios en la prestación de los servicios públicos, cuando la competencia no sea de hecho posible y, en los demás casos, la de promover la competencia entre quienes presten servicios públicos, para que las operaciones de los monopolistas o de los competidores sean económicamente eficientes, no impliquen abuso de posición dominante, y produzcan servicios de calidad.

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

Que el numeral 86.4 del artículo 86 de la Ley 142 de 1994 señala que el régimen tarifario de los servicios públicos, está compuesto por las reglas relativas a procedimientos, metodologías, fórmulas, estructuras, estratos, facturación, opciones, valores, y, en general, todos los aspectos que determinan el cobro de las tarifas.

Que el artículo 22 de la Ley 142 de 1994, señala lo siguiente: "Las empresas de servicios públicos debidamente constituidas y organizadas no requieren permiso para desarrollar su objeto social, pero para poder operar deberán obtener de las autoridades competentes, según sea el caso, las concesiones, permisos y licencias de que tratan los artículos 25 y 26 de esta Ley, según la naturaleza de sus actividades."

Que el numeral 14.9 del artículo 14 y artículo 1 del Decreto 229 de 2002, definen la factura de servicios públicos como "la cuenta que una persona o prestadora de servicios públicos entrega o remite al usuario, por causa del consumo y demás servicios inherentes en desarrollo de un contrato de prestación de servicios públicos".

<sup>1</sup> "Por el cual se modifica la estructura de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, CRA".

<sup>2</sup> Ley 142 de 1994, artículo 14, numeral 18.

Que de conformidad con el inciso 7 del artículo 146 ibídem: "(...) 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 ha celebrado convenios con tal propósito".

Que el artículo 147 ibídem señala "(...) En las facturas en las que se cobren varios servicios, será obligatorio totalizar por separado cada servicio, cada uno de los cuales podrá ser pagado independientemente de los demás con excepción del servicio público domiciliario de aseo y demás servicios de saneamiento básico".

Que el párrafo de la citada disposición establece que "Cuando se facturen los servicios de saneamiento básico y en particular los de aseo público y alcantarillado, conjuntamente con otro servicio público domiciliario, no podrá cancelarse este último con independencia de los servicios de saneamiento básico, aseo o alcantarillado, salvo en 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".

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

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

Que el paragrafo 2 del articulo 2 ibidem, estipula: "No se podrán dar por terminado los convenios de facturación conjunta vigentes, hasta tanto no se garantice la celebración de un nuevo contrato con otra empresa prestadora de servicios públicos".

Que el articulo 4 del Decreto 2668 de 1999, señala: "Obligaciones. 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".

Que el artículo 4 del Decreto 1987 del 2 de octubre 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 y alcantarillado y aseo, correspondiéndole a la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico la función de regular "(...) las condiciones generales y particulares con arreglo a las cuales las empresas concedentes y solicitantes deberán celebrar los convenios de que trata el artículo segundo de esta disposición".

Que 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 (...)".

Que 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 qué trata este decreto".

Que la Resolución CRA 422 de 2007, en su artículo 4, estipula: "Vencido el término previsto para adelantar la negociación directa, tanto la Persona Prestadora Solicitante como la Potencial Persona Prestadora Concedente, deberán informar por escrito a la Unidad Administrativa Especial- Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico y a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes al vencimiento del término establecido para la respectiva negociación, sobre el estado y avance definitivo de las negociaciones, aportando el modelo de costos objeto de la negociación con los soportes de los mismos basado en la metodología prevista en la Sección 1.3.23 de la Resolución CRA 151 de 2001, indicando de manera general los acuerdos, desacuerdos y sus causas generadoras; igualmente, deberán presentar una propuesta económica debidamente sustentada, para efectos de solucionar sus diferencias. No obstante, el Comité de Expertos de la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, podrá convocar a las partes, para que expongan sus posiciones finales al momento de la culminación de la etapa de negociación directa, dentro del término de cinco (5) días hábiles siguientes a la recepción de la información del estado de las negociaciones."

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

Que la Resolución CRA 151 de 2001, Sección 1.3.23., establece la metodología del cálculo de costos del proceso de facturación conjunta.

Que según lo establecido en el numeral 87.1 del artículo 87 de la citada Ley, "Por eficiencia económica se entiende que el régimen de tarifas procurará que éstas se aproximen a lo que serían los precios de un mercado competitivo; que las fórmulas tarifarias deben tener en cuenta no solo los costos sino los aumentos de productividad esperados, y que éstos deben distribuirse entre la empresa y los usuarios, tal como ocurriría en un mercado competitivo; y que las fórmulas tarifarias no pueden trasladar a los usuarios los costos de una gestión ineficiente, ni permitir que las empresas se apropien de las utilidades provenientes de prácticas restrictivas de la competencia. En el caso de servicios públicos sujetos a fórmulas tarifarias, las tarifas deben reflejar siempre tanto el nivel y la estructura de los costos económicos de prestar el servicio, como la demanda por éste".

Que por su parte, el numeral 87.4 del artículo 87 ibídem dispone que "Por suficiencia financiera se entiende que las fórmulas de tarifas garantizarán la recuperación de los costos y gastos propios de operación, incluyendo la expansión, la reposición y el mantenimiento;

*[Handwritten signature]*

permitirán remunerar el patrimonio de los accionistas en la misma forma en la que lo habría remunerado una empresa eficiente en un sector de riesgo comparable; y permitirán utilizar las tecnologías y sistemas administrativos que garanticen la mejor calidad, continuidad y seguridad a sus usuarios".

Que el artículo 333 de la Constitución Política señala lo siguiente: "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."

Que el artículo 10 de la Ley 142 de 1994, establece: "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."

Que teniendo en cuenta que según la Constitución Política de Colombia y la Ley 142 de 1994, el principio general a aplicar es el de la libre competencia, las empresas que decidan entrar a operar en un mercado bajo este régimen, deben estar dispuestas a aceptar las implicaciones que esto ocasiona.

### 3. ARGUMENTOS DEL RECURSO INTERPUESTO POR EMPRESAS PÚBLICAS DE ARMENIA EPA E.S.P

Empresas Públicas de Armenia –EPA E.S.P., interpuso recurso de reposición en contra de la Resolución CRA 619 del 21 de septiembre de 2012, a través del radicado CRA 2012-321-005260-2 del 9 de noviembre de 2012, en el que solicitó principalmente que se "...proceda a revocar en su totalidad el contenido de la Resolución CRA – 619 del 21 de septiembre de 2012...", con base en los siguientes argumentos de inconformidad:

Que, en relación con la presunta violación del artículo 333 de la Constitución Política, señala que "...al imponer a EPA ESP empresa cuyo patrimonio es 100% público, la obligación de suscripción de un convenio de facturación conjunta con un operador privado, **que se retiro (sic) de la prestación de la operación del servicio de aseo en la Ciudad desde el 1 de Enero de 2012**, y que pretende ahora irrumpir en la Ciudad e iniciar la prestación del servicio de aseo, va en contravía (sic) con la defensa del bien común, predicado por el Artículo 333 de la Carta, representando aquí por EPA ESP, que es defensora del patrimonio público de los armenios, alentando la arbitraria pretensión de hacer prevalecer el interés particular, sobre el interés público"

Que la recurrente argumentó, la posible vulneración del criterio de eficiencia económica y suficiencia financiera, señalando para tal efecto lo siguiente: que "(...)la CRA – dentro de sus funciones y facultades generales, tiene la obligación de velar porque la operación de los competidores que prestan servicios públicos sea económicamente eficiente, de tal manera que produzcan servicios de calidad; Es (sic) entonces valido preguntarnos: **¿Sera que la prestación del servicio de aseo en una ciudad pequeña entre las intermedias, como lo es Armenia, si es económicamente eficiente con dos operadores del servicio de aseo?** Francamente, no lo creemos, estamos seguros que la prestación del servicio a pérdida, que es lo que seguramente sucederá, hará de mala calidad y deficiente el servicio prestado, lo que tarde o temprano llevara a la debacle económica a uno o ambos operadores y todo ante la mirada impávida e indolente de la CRA y en ultimas, en perjuicio de los usuarios de la Ciudad de Armenia (...) Pensamos que antes de permitir el ingreso de un nuevo operador a la ciudad de Armenia, la Comisión debería realizar un estudio que determinara la rentabilidad de la prestación del servicio con dos o más operadores en la Ciudad, estudio que igualmente, determinaría la conveniencia financiera, operativa y comercial de esa operación en la Ciudad (...)"

"No hay duda alguna que dentro de este nuevo escenario de libertad de competencia sin rentabilidad, la suficiencia financiera será igualmente negada en virtud de las difíciles

condiciones en que ha de prestarse el servicio en la ciudad, con el número de usuarios insuficientes para ambos operadores lo que indiscutiblemente traerá como consecuencia, un desfase financiero que repercutirá en la calidad y en la sostenibilidad del servicio".

Que la empresa también alegó la existencia de condiciones técnicas insalvables, señalando que "No obstante la claridad y la contundencia del estudio remitido, la CRA considero (sic) que EPA ESP solo había remitido a título de "Información" un CD con el estudio que según la Empresa soportaba los inconvenientes técnicos insalvables, consideraciones que con el mayor respeto, no compartimos.", para el efecto, presentó en su escrito un resumen detallado de cada uno de los puntos del estudio de condiciones de imposibilidad técnica insalvable.

Que otro de los argumentos expuestos por la empresa en su recurso fue el de la supuesta falsa motivación del acto susceptible de recurso, EPA E.S.P., aduciendo que "(...) no es cierto lo plasmado en la parte considerativa de la resolución 619 de 2012 expedida por la CRA que se titula "Condiciones particulares acordadas por las partes" donde de manera inexacta se dice de manera unilateral que hay un acuerdo sobre el texto general del convenio, el proceso de vinculación y desvinculación, las características de la factura, recaudo, pago por el servicio, interface tecnológica y anexo técnico, teniendo en cuenta las siguientes pruebas existentes de las cuales tiene conocimiento la comisión"

(...)

"De las anteriores pruebas documentales, se infiere que el acto administrativo objeto de recurso contiene un falsa motivación y por eso está adoptando una determinación abiertamente contraria a las actuaciones fácticas y procesales lo cual conlleva a un presunto prevaricato por acción".

Que el último de los planteamientos de inconformidad de la recurrente, se encuentra referido a la supuesta evasión de la inclusión de recicladores y presunta violación del artículo 13 constitucional, como consecuencia de la imposición de las condiciones que deben regir el servicio de facturación conjunta, lo cual fue señalado así: "La junta Ciudadana por la defensa del patrimonio público, en oficio del 08 de noviembre de 2012, ha llamado la atención a EPA ESP, respecto a que el acto administrativo objeto de recurso debe ser revocado en razón a que la Comisión Reguladora de Agua Potable y Saneamiento Básico al permitirle mediante la imposición de un convenio de facturación conjunta a EPA ESP, y a favor de SERVIGENERALES operar el servicio de aseo en la ciudad de Armenia, no le exigió a dicha empresa la inclusión social de los recicladores, evadiendo claras decisiones adoptadas por nuestra H. Corte Constitucional que le imponen la obligación a los operadores la de establecer actos positivos a favor de este segmento social vulnerable".

#### 4. CONSIDERACIONES DE LA CRA

##### 4.1. ARGUMENTO PRIMERO.- PRESUNTA VIOLACION DEL ARTÍCULO 333 DE LA CONSTITUCION POLITICA.

Que el artículo 333 de la Constitución Política señala lo siguiente: "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."*

De la revisión de la norma constitucional en cita, es claro que la misma 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. Así las cosas, legalmente es imposible que esta Comisión impida de modo

alguno que SERVIGENERALES S.A. E.S.P, preste el servicio de aseo en libre competencia con EPA ESP, en la ciudad de Armenia, puesto que, al no requerir autorización para hacerlo, tampoco puede esta Comisión oponerse.

Conforme con lo establecido en el artículo 4 del Decreto 2668 de 1999, es obligatorio para las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios facturar los servicios de alcantarillado y aseo, como también suscribir el convenio de facturación conjunta; es decir, la norma no distingue si la potencial persona concedente debe ser 100% pública, mixta o privada, pues por el solo hecho de estar constituida como Empresa de Servicios Públicos, está obligada a suscribir convenios de facturación conjunta, sin importar el hecho de que la potencial persona solicitante, como lo aduce EPA ESP., se haya retirado de la prestación del servicio a partir de enero de 2012.

Es preciso señalar que, si la potencial persona solicitante desea regresar a prestar el servicio de aseo en libre competencia (como el caso que nos ocupa), según la Ley 142 de 1994, está plenamente autorizada para ello, sin que por esto se incurra en la violación del artículo 333 de la Constitución Política, como erradamente lo señala la recurrente, toda vez que, por el contrario, se reitera que la norma constitucional lo que consagra precisamente es la libre competencia, la cual sólo puede ser restringida por las causas señaladas en la Ley. Por lo tanto, teniendo en cuenta que en Armenia no existen áreas de servicio exclusivo que hubiesen sido establecidas en virtud de lo dispuesto por el artículo 40 de la Ley 142 de 1994, es claro que la prestación del servicio de aseo en dicha ciudad, se encuentra bajo el esquema de libre competencia.

En este orden, es evidente que el argumento de EPA ESP, en el sentido de expresar que con la suscripción del convenio de facturación conjunta con una empresa de servicio público de aseo de carácter privado, se alienta "*la arbitraria pretensión de hacer prevalecer el interés particular, sobre el interés público*", carece de todo fundamento fáctico y jurídico, siendo notorio además, que la misma, ni siquiera expone en forma clara tal afirmación, ni mucho menos la prueba.

Debiéndose agregar además, que el hecho de que una empresa tenga 100% de capital público, no la autoriza, para pensar que puede constituir por dicho hecho un monopolio, y negar la entrada a otros prestadores en el mercado, cuando la libre competencia es un derecho establecido por la Constitución y la Ley, que sólo puede ser restringido por ellas mismas.

Ahora bien, el artículo 40 de la Ley 142 de 1994, establece 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.

Reiteramos que, el Municipio de Armenia no tiene establecidas áreas de servicio exclusivo, lo que determina que para la prestación del servicio de aseo, existe libre competencia, por lo cual, no le es posible a EPA ESP, negarse a suscribir el convenio de facturación conjunta que le solicitó SERVIGENERALES S.A. ESP. Por lo tanto, al haberse promovido ante éste Ente de Regulación por parte de ésta última, la solicitud de imposición de las condiciones que deben regir el servicio de facturación conjunta, y estando cumplidos los requisitos para ello, establecidos en la Resolución CRA 422 de 2007, era de imperiosa obligación proceder a imponerla como en efecto se hizo.

Que en consecuencia el argumento de la recurrente no está llamado a prosperar.

#### 4.2. ARGUMENTO SEGUNDO.- VULNERACIÓN A LOS CRITERIOS DE EFICIENCIA ECONOMICA Y SUFICIENCIA FINANCIERA.

Respecto a este punto Servigenerales S.A E.S.P, en su escrito de traslado del recurso, manifestó lo siguiente: "señores CRA, en materia financiera no será un declive para el Municipio ni mucho menos para las EMPRESAS PUBLICAS DE ARMENIA EPA — E.S.P., toda vez que en criterios de la eficiencia económica estatuido por el artículo 87.1 de la Ley 142 de 1994, se encuentra ajustado y regulado por los mismos precios del mercado que se encuentra en competencia, sin allegar a dividir los usuarios entre los operadores, como según lo quiere hacer ver el aquí recurrente en los antecedentes."

Según lo establecido en el numeral 87.1 del artículo 87 de la citada Ley "Por eficiencia económica se entiende que el régimen de tarifas procurará que éstas se aproximen a lo que serían los precios de un mercado competitivo; que las fórmulas tarifarias deben tener en cuenta no solo los costos sino los aumentos de productividad esperados, y que éstos deben distribuirse entre la empresa y los usuarios, tal como ocurriría en un mercado competitivo; y que las fórmulas tarifarias no pueden trasladar a los usuarios los costos de una gestión ineficiente, ni permitir que las empresas se apropien de las utilidades provenientes de prácticas restrictivas de la competencia. En el caso de servicios públicos sujetos a fórmulas tarifarias, las tarifas deben reflejar siempre tanto el nivel y la estructura de los costos económicos de prestar el servicio, como la demanda por éste".

Conforme a lo anteriormente expuesto, mal haría la Comisión en no imponer las condiciones que deben regir el servicio de facturación conjunta, asumiendo que al hacerlo la potencial concedente podría ver afectada su eficiencia económica, por el hecho de que otra u otras empresas quisieran prestar el servicio en la misma ciudad donde opera, cuando el numeral 2.6 del artículo 2 de la Ley 142 de 1994, en el marco de lo dispuesto en los artículos 334, 336, 365, 366, 367, 368, 369 y 370 de la Constitución Política, señala que el Estado intervendrá en los servicios públicos para garantizar la libertad de competencia y no utilización abusiva de la posición dominante.

Según lo antes enunciado, la libertad de competencia es la regla general aplicable a la prestación del servicio público de aseo y es precisamente esta Comisión, quien debe promover la competencia entre quienes presten dicho servicio.

Bajo esta premisa, cuando el Gobierno presentó el Proyecto de Ley No. 142 al Congreso de la República, dejó en claro que:

*"La función reguladora no debe ser entendida como el ejercicio de un intervencionismo entorpecedor de la iniciativa empresarial. En su visión moderna, la regulación es una actividad estatal que fomenta la competencia en aquellas áreas donde existe y es factible; impide el abuso de posiciones de monopolio natural, donde esta es ineludible; desregula para eliminar barreras artificiales a la competencia y, finalmente, calibra las diversas áreas de un servicio para impedir prácticas discriminatorias o desleales para el competidor".*

Ahora bien, respecto de la afirmación "(...) pensamos que antes de permitir el ingreso de un nuevo operador a la ciudad de Armenia, (...)", es imperioso aclarar que la CRA no permitió, ni autorizó el ingreso de un operador a la ciudad de Armenia, primero porque estaría excediendo la órbita de sus competencias al autorizar a un operador a prestar el servicio en libre competencia y segundo, porque para prestar el servicio bajo esta modalidad no requiere autorización de ninguna autoridad, simplemente estaría bajo una decisión netamente empresarial, ante la cual esta Comisión no está facultada para emitir opiniones al respecto. Por lo tanto, la Comisión solo dio aplicación al Decreto 2668 de 1999 y a la Resolución CRA 422 de 2007, en la imposición de las condiciones que deben regir el servicio de facturación conjunta.

Dado lo anteriormente expuesto, es imperioso recordar que el artículo 22 de la Ley 142 de 1994, señala lo siguiente: "Las empresas de servicios públicos debidamente constituidas y organizadas no requieren permiso para desarrollar su objeto social, pero para poder operar deberán obtener de las autoridades competentes, según sea el caso, las concesiones, permisos y licencias de que tratan los artículos 25 y 26 de esta Ley, según la naturaleza de sus actividades."

El artículo 4 del Decreto 2668 de 1999, señala como única excepción para facturar conjuntamente, que existan por parte de la potencial concedente razones técnicas insalvables que deberá acreditar ante la Superintendencia de Servicios Públicos, es un imposible jurídico, que esta Comisión no proceda a imponer las condiciones que deben regir el servicio de facturación conjunta cuando no se presenta la única excepción que le permite no imponerla, tal como consta en el expediente.

Conforme como se ha venido exponiendo a lo largo de esta Resolución, según lo estipulado tanto en el artículo 333 de la Constitución Política como en la Ley 142 de 1994, el principio general aplicable a la prestación del servicio público de aseo es la libre competencia.

La Ley 142 de 1994 no establece como requisito para que una empresa pueda prestar sus servicios en un municipio, que está obtenga autorización o permiso de la CRA o de cualquier otra entidad, ya que lo único que se exige es contar con las licencias, permisos y concesiones de que tratan los artículos 25 y 26 de la citada Ley. Por lo anterior, de acuerdo con el régimen que nos cobija hay libre competencia y por ende, no se requiere permiso de ninguna autoridad para que una empresa entre a operar en un municipio, y mucho menos el del regulador.

Concluimos entonces, que la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, en ningún momento ni bajo ninguna circunstancia ha dado permiso o autorización tácita o expresa para que SERVIGENERALES S.A. E.S.P., preste el servicio en la ciudad de Armenia, pues como se ha mencionado a lo largo de la presente Resolución, tal autorización la otorga es la Constitución y la Ley, toda vez que en Armenia no hay establecidas áreas de servicio exclusivas para la prestación del servicio de aseo, por lo cual, el argumento de la empresa carece de toda fundamentación fáctica y jurídica.

Ahora bien, en cuanto al argumento de EPA ESP, en el sentido que la entrada de Servigenerales S.A. E.S.P, en el mercado de Armenia, afectaría su suficiencia financiera, se debe decir que tal manifestación no pasa de ser sino una mera afirmación, sin ningún soporte probatorio.

Por lo anterior, resulta forzoso recordar que el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil establece que:

*"CARGA DE LA PRUEBA. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.*

Así las cosas, resulta claro que no se puede tener como prueba, lo que las partes declaran en su favor, pues las mismas, están en la obligación de probar sus argumentos, ya que de lo contrario su dicho se convierte en meras manifestaciones, que por eso mismo carecen de relevancia jurídica para la actuación.

No obstante lo anterior, se debe señalar que aún en el hipotético caso que EPA ESP, hubiese demostrado su argumento, que se reitera no lo hizo, tal prueba resultaría inocua frente a la actuación que aquí nos ocupa, pues la única razón por la cual, no sería obligada a la facturación conjunta, sería por presentarse razones técnicas insalvables, justificadas ante la Superintendencia de Servicios Públicos, situación que no se presentó, toda vez que dicho ente de control, dictaminó que las mismas no fueron acreditadas.

La actuación de este Ente de Regulación correspondió fue a la imposición de las condiciones que deben regir el servicio de facturación conjunta, la cual se surtió dentro del marco de la Constitución, la Ley 142 de 1994, el Decreto 2668 de 1999 y la Resolución CRA 422 de 2007.

Como se observa claramente en los antecedentes de la Resolución impugnada y la presente, tal como obra en el expediente, desde el inicio de la actuación administrativa el objeto de la misma, fue la de la imposición de las condiciones que deben regir el servicio de facturación conjunta, trámite que está debidamente previsto en la Resolución CRA 422 de 2007, el cual fue adelantado en debida forma, y que terminó con la expedición de la Resolución CRA 619 de 2012, en la cual se le impuso la facturación conjunta a la EPA ESP, toda vez que era la decisión que corresponde en derecho acorde con el análisis que se hizo en la misma.

Por su parte, el numeral 87.4 del artículo 87 de la Ley 142 de 1994 dispone que "*Por suficiencia financiera se entiende que las fórmulas de tarifas garantizarán la recuperación de los costos y gastos propios de operación, incluyendo la expansión, la reposición y el mantenimiento; permitirán remunerar el patrimonio de los accionistas en la misma forma en la que lo habría remunerado una empresa eficiente en un sector de riesgo comparable; y permitirán utilizar las tecnologías y sistemas administrativos que garanticen la mejor calidad, continuidad y seguridad a sus usuarios*".

Que respecto de lo argumentado por la recurrente en el sentido de que la suficiencia financiera puede verse afectada por la entrada de otro competidor en la ciudad de Armenia, no puede tomar la Comisión medida alguna, ni aconsejar medidas empresariales para que esta suposición no se haga una realidad, ni menos aún, no imponer las condiciones que deben regir el servicio de facturación conjunta basada en conjeturas hechas por la recurrente.

Que teniendo en cuenta que la Constitución y la Ley garantizan la libre competencia entre los operadores que presten servicios públicos, es claro que tanto la Ley 142 de 1994 y de manera especial la Resolución CRA 422 de 2007, norma que rige la facultad de imposición de las condiciones que deben regir el servicio de facturación conjunta, no contemplan como excepción para no imponerla que el potencial concedente considere o presuma que por la presencia de otro competidor en la ciudad, su suficiencia financiera o económica puede verse afectada, precisamente la Ley tal como se ha venido manifestando en esta resolución, señala como única excepción las razones técnicas insalvables, justificadas ante la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, es decir, que una vez cumplidos la totalidad de requisitos señalados en dicha Resolución, la Comisión debe proceder a darle aplicación a la norma e imponer las condiciones que deben regir el servicio de facturación conjunta, tal como sucedió en la actuación administrativa que originó el acto impugnado.

Es obligación para esta Comisión, señalar que no puede pasar por alto las anteriores afirmaciones hechas por la recurrente en el sentido de manifestar que "*ante la mirada impávida e indolente de la CRA*", pues tales afirmaciones deben ser rechazadas enérgicamente, ya que las mismas no son ciertas, por cuanto esta Comisión siempre ha actuado en el marco constitucional y legal de sus funciones.

Ahora bien, respecto a la afirmación hecha por la recurrente "*Pensamos que antes de permitir el ingreso de un nuevo competidor a la ciudad de Armenia, la comisión debería realizar un estudio que determinara la rentabilidad de la prestación del servicio con dos o más operadores*" la CRA no tiene dentro de sus facultades y competencias legales la posibilidad de hacer lo solicitado por el recurrente, y menos aun dentro de una actuación administrativa que no está permitiendo o autorizando la entrada de otro competidor sino imponiendo las condiciones que deben regir el servicio de facturación conjunta, es decir dando estricto cumplimiento a una obligación legal.

Así las cosas, es importante señalar que EPA ESP no puede hacer afirmaciones

irrespetuosas y sin ningún fundamento, so pretexto del ejercicio del derecho de petición, toda vez, que el mismo debe ejercerse por la empresa en mención, dentro del marco del respeto que pregona la Constitución y la Ley.

Que en consecuencia, el argumento de la recurrente no está llamado a prosperar;

#### **4.3. ARGUMENTO TERCERO.- CONDICIONES TÉCNICAS INSALVABLES.**

El artículo 4 del Decreto 2668 de 1999, dispone lo siguiente:

*"Obligaciones. 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."*

Conforme con la norma citada, es claro que la única razón por la cual la potencial concedente puede negarse a facturar conjuntamente, es que existan razones técnicas insalvables y que la disposición, le otorga a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios la competencia para pronunciarse al respecto.

Dado lo anterior, y partiendo de que es la Superintendencia de Servicios Públicos la entidad competente para referirse a las razones técnicas insalvables, esta entidad bajo los radicados CRA 2012-321-003981-2 y 2012-321-004000-2 de 15 y 16 de agosto de 2012, respectivamente, envió copia a esta Comisión de la respuesta dada a la Gerente General de las Empresas Públicas de Armenia, EPA.E.S.P., respecto del documento enviado, en donde hacía alusión a las presuntas condiciones técnicas insalvables para suscribir convenio de facturación conjunta con Servigenerales S.A E.S.P, en los siguientes términos:

##### ***"1. Adaptación del software***

***(...) No se encuentra una afirmación de la empresa sobre la imposibilidad tecnológica para realizar la facturación conjunta" (...)***

##### ***2. Capacidad de Procesamiento***

***(...) no se afirma sobre la imposibilidad tecnológica para hacerlo en el mediano o largo plazo" (...)***

##### ***3. Capacidad de Almacenamiento***

***(...) no manifiesta imposibilidad tecnológica (...)***

*Por todo lo expuesto, la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios en cumplimiento de la obligación legal, considera que las razones técnicas insalvables argumentadas por las Empresas Públicas de Armenia –EPA E.S.P, no constituyen ni justifican la imposibilidad de suscribir un convenio de facturación conjunta con la empresa Servicios Generales Empresa de Servicios Públicos de carácter Privado-SERVIGENERALES S.A E.S.P, en virtud a que como ustedes manifiestan "adaptar el software para el proceso es algo realizable pero largo en función del tiempo", de lo que se puede colegir que si es posible."*

Dado lo anterior, esta Comisión no es la competente para calificar las razones técnicas insalvables aducidas por la recurrente, ni "la claridad y la contundencia", de dicho documento, pues como lo establece la norma, quien está llamada a verificar dichas razones

es la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, como en efecto lo hizo, tal cual como se señaló en líneas anteriores, en el sentido que "...considera que las razones técnicas insalvables argumentadas por las Empresas Públicas de Armenia -EPA E.S.P, no constituyen ni justifican la imposibilidad de suscribir un convenio de facturación conjunta con la empresa Servicios Generales Empresa de Servicios Públicos de carácter Privado-SERVIGENERALES S.A E.S.P...", y fue precisamente por esta razón, que en la Resolución CRA 619 de 2012, se señaló que el documento allegado a este Despacho era netamente "informativo".

No constituye un descuido por parte de la Comisión la falta de pronunciamiento en relación con las razones técnicas insalvables aducidas por la recurrente, en la medida que no está dentro del marco de sus competencias. En ese sentido, no podía dársele una connotación distinta a la de netamente "informativa", so pena la extralimitación de funciones en las que podría incurrir esta Comisión.

Así las cosas, queda claro que la entidad competente para pronunciarse sobre la supuesta existencia de condiciones insalvables, es la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, quien hizo el respectivo pronunciamiento en el sentido que lo alegado por la EPA ESP, no justificaba la imposibilidad de suscribir el convenio de facturación, por lo cual, se encuentra plenamente establecido que la única excepción contemplada en la norma para no imponer la facturación conjunta, no se presentó en este caso, por lo que resulta evidente la legalidad de la decisión adoptada.

Ahora bien, respecto a la afirmación de la recurrente referente a que "No compartimos la afirmación de la Superintendencia respecto a este punto y le recuerdo a la CRA que en el estudio realizado por nuestro consultor se afirma claramente (...)", Es imperioso señalar, que tal cual, como se señaló anteriormente, el ente competente para declarar si existen o no razones técnicas insalvables comprobables es la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, y la misma determinó que las razones técnicas insalvables alegadas "no constituyen ni justifican la imposibilidad de suscribir un convenio de facturación conjunta". Por lo tanto, ante el pronunciamiento de la entidad competente, es claro que lo obligado en derecho era imponer las condiciones que deben regir el servicio de facturación conjunta, tal y como se hizo en el acto impugnado.

De igual forma se debe señalar que si Empresas Públicas de Armenia -EPA.E.S.P, tenía reparo u observación alguna, referente a lo manifestado por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, era ante esa entidad por ser la competente, y no ante la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, la instancia ante la cual debió plantearlas en su momento, y no esperar hasta sede de reposición para hacerlo, con el fin de corregir el silencio procesal en el que incurrió la empresa ante la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

Que en consecuencia, el argumento de la recurrente no está llamado a prosperar;

#### **4.4. ARGUMENTO CUARTO.- PRESUNTA FALSA MOTIVACION DEL ACTO**

De acuerdo con lo manifestado por la recurrente en este punto, se hace necesario citar la posición del Consejo de Estado, al respecto:

*"Sobre esta causal de anulación la Sala ha precisado que "(...) es el vicio que afecta el elemento causal del acto administrativo, referente a los antecedentes legales y de hecho previstos en el ordenamiento jurídico para provocarlo, es decir, que las razones expuestas por la Administración al tomar la decisión, sean contrarias a la realidad. La causa o motivo de los actos administrativos (elemento causal) se conforma de los fundamentos de hecho y de derecho que son los que determinan la decisión que la Administración adopta, así cuando existe falsa*

motivación, se entiende que la sustentación fáctica en que se apoya no corresponde a la realidad"<sup>3</sup>.

Que una vez establecido lo que la jurisprudencia ha dicho al respecto, debe precisarse que en desarrollo de la actuación administrativa que dio origen a la Resolución CRA 619 de 2012, se examinaron los documentos obrantes en el expediente, y se concluyó que el desacuerdo final presentado por las partes se concretó en las razones técnicas insalvables alegadas por EPA E.S.P., toda vez, que dicha empresa no se pronunció sobre el traslado realizado por esta Comisión, mediante radicado CRA 2012-211-002990-1 del 19 de junio de 2012, en el que se le solicitó se pronunciara sobre lo señalado por SERVIGENERALES S.A E.S.P, en el documento radicado CRA 2012-321-002289-2 del 23 de mayo de 2012, y que procediera a remitir las posibles razones técnicas insalvables, así como, para que informara sobre el estado y avance definitivo de las negociaciones, aportando el modelo de costos objeto de la negociación con los soportes de los mismos basados en la metodología prevista en la sección 1.3.23 de la Resolución CRA 151 de 2001.

Que de la misma forma se le solicitó indicar de manera general los acuerdos, desacuerdos y sus causas generadoras, y presentar una propuesta debidamente sustentada para efectos de solucionar sus diferencias.

Que respecto de lo anterior EPA E.S.P, no se pronunció ni envió documento alguno que contradijera de alguna forma lo manifestado por SERVIGENERALES S.A. E.S.P.

Según Acta de reunión entre las partes, llevada a cabo el 5 de junio de 2012, la cual reposa en el expediente, y es documento público con acceso a quien lo solicite sin reserva legal, se puede evidenciar que Servigenerales S.A E.S.P, manifestó como conclusión que "*las partes están de acuerdo en todos los aspectos de la facturación conjunta salvo en las posibles razones técnicas insalvables*", respecto de lo cual EPA E.S.P, no argumentó opinión diferente, sino muy por el contrario, como conclusión quedó el siguiente contenido: "*EPA E.S.P: El Doctor Javier Roa, Solicita tiempo de 15 días para allegar las razones técnicas **insalvables y que las partes están de acuerdo en todos los aspectos de la facturación conjunta salvo en las posibles razones técnicas insalvables alegadas por la EPA E.S.P***" (subraya y negrilla fuera de texto).

Tanto el silencio procesal de EPA E.S.P., ante el traslado efectuado por esta Comisión, como la contundente afirmación del Dr. Javier Roa, quien participó en representación de EPA E.S.P., en su condición de Representante Legal, en la reunión antes citada, en el sentido de aceptar la transcripción de lo manifestado, se constituyen como pruebas suficientes, para acreditar que las empresas se encontraban de acuerdo en todos los puntos, exceptuando las posibles razones técnicas insalvables.

Esta Comisión, no podía desconocer bajo ningún punto de vista lo afirmado por el Representante legal de EPA E.S.P y la Gerente Comercial de SERVIGENERALES, quienes para efectos de dicha reunión gozaban de plenas calidades y facultades para emitir dicha conclusión y comprometer a las respectivas empresas.

Ante el recuento de las reuniones a que alude EPA E.S.P, en su recurso de reposición, al señalar que en reuniones del 2 y 13 de abril de 2012 y 7 de mayo de 2012, se presentaron diferencias, vale la pena aclarar que son todas ellas anteriores a la reunión llevada a cabo el 5 de junio de 2012, en las instalaciones de esta Comisión, y justamente la reunión se llevó a cabo con el objeto de que "*expongan sus posiciones finales al momento de la culminación de la etapa de negociación directa*", tal y como lo señala la Resolución 422 de 2007.

<sup>3</sup> Consejo de Estado, Sección Cuarta, Magistrado ponente: Hugo Fernando Bastidas, Radicado: 25000-23-27-000-2005-00279-01(16772)

Las reuniones anteriormente señaladas a las que se refiere la recurrente en su recurso de reposición, se dieron en la etapa de negociación directa, por lo tanto debe concluirse que el objetivo de la reunión del 5 de junio de 2012, se limitó únicamente a la exposición de las **posiciones finales**, una vez agotado el término de la negociación entre las partes; ahora, si como **posición final**, el Representante legal de EPA E.S.P, quien participó con plenas facultades, manifestó que se encontraba de acuerdo en todos los aspectos de la facturación conjunta salvo en las posibles razones técnicas insalvables, no puede esta Comisión ignorar la afirmación que consta en dicho documento.

Dado lo expuesto anteriormente, la Comisión no incurrió en la falsa motivación del acto, como causal de nulidad contenida en el artículo 88 del C.C.A., puesto que la decisión se tomó con base en pruebas oportunas y legalmente allegadas al proceso, tal como se expuso; sin embargo, se le recuerda a la recurrente que quien tiene la competencia para declarar la nulidad de los actos administrativos proferidos por la Administración es la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en atención al artículo 66 del C.C.A.; cuya consecuencia es la imposibilidad de seguir surtiendo efectos en el mundo jurídico.

La determinación que se adoptó por parte de esta Comisión, no es "*abiertamente contraria a las actuaciones fácticas y procesales*", como lo afirmó EPA E.S.P., por el contrario, la misma tiene fundamento en las pruebas obrantes en el proceso. Es decir, que las razones expuestas por la CRA al tomar la decisión, corresponden a la realidad de los hechos, de lo cual se concluye que no existe la falsa motivación alegada en el escrito del recurso.

Respecto de la manifestación hecha por la recurrente en el sentido de la supuesta configuración de "*un presunto prevaricato por acción*", esta Entidad se permite manifestar lo siguiente:

Sobre este tipo de expresiones, es preciso recordar que, según lo dispuesto por los numeral 4 del artículo 78 del Código General del Proceso entre los deberes de las partes y sus apoderados se encuentran los de:

*"4. Abstenerse de usar expresiones injuriosas en sus escritos y exposiciones orales, y guardar el debido respeto al juez, a los empleados de éste, a las partes y a los auxiliares de la justicia".*

De igual forma, debe tenerse en cuenta que el Código Contencioso Administrativo establece que toda persona podrá hacer peticiones respetuosas a las autoridades.

En virtud de lo expuesto, se le recuerda a la representante legal de EPA E.S.P, que **no** puede, so pretexto del ejercicio del derecho de petición, hacer señalamientos temerarios e irrespetuosos.

Es importante destacar que el derecho de petición es un derecho fundamental, que está tanto al servicio de las personas como de la administración, por lo cual debe ejercerse dentro del marco del respeto, guardándose la debida medida, pues no resulta aceptable que se utilicen aseveraciones que impliquen acusaciones infundadas contra este ente de regulación, por el solo hecho de estar ejerciendo legítimamente sus funciones.

Así las cosas, se reitera que las decisiones adoptadas por la CRA, están ajustadas a la Ley y a los Actos Administrativos que reglamentan su trámite, se tomaron en derecho, previo análisis probatorio y de los argumentos expuestos por las partes, siendo evidente que la Resolución impugnada se encuentra debidamente fundamentada.

Que en consecuencia, el argumento de la recurrente no está llamado a prosperar.

#### 4.5. ARGUMENTO QUINTO- INCLUSION DE RECICLADORES

En lo que respecta al argumento de que la Resolución CRA 619 de 2012, debe ser revocada por cuanto la CRA, no le exigió a SERVIGENERALES S.A E.S.P, la inclusión de los recicladores, evadiendo decisiones de la H. Corte Constitucional, es necesario aclarar que la Resolución CRA 619 de 2012, únicamente está dirigida a imponer facturación conjunta a favor de SERVIGENERALES S.A E.S.P, a cargo de EPA .E.S.P, y en ningún momento dicho acto está permitiendo ni autorizando, tal como se dijo anteriormente, la operación del servicio de aseo a SERVIGENERALES S.A E.S.P, en libre competencia, puesto que tal autorización está dada es por la Constitución y la Ley, toda vez que en la ciudad de Armenia no se encuentran establecidas áreas de servicio exclusivo.

Que dado lo anterior, no es competencia ni facultad de esta Comisión, establecer en la Resolución CRA 619 de 2012, "Por la cual se imponen las condiciones que deben regir el servicio de facturación conjunta del servicio público de aseo entre las Empresas Públicas de Armenia – EPA E.S.P y Servigenerales S.A E.S.P", obligaciones adicionales como la inclusión de recicladores, cuando no guarda identidad de objeto lo solicitado por Servigenerales con lo argumentado por la recurrente en torno a las acciones afirmativas a favor de los recicladores. Jurídicamente no es viable que en el marco de una facturación conjunta esta Comisión imponga obligaciones ajenas al objeto de la solicitud.

Que si con su argumento, EPA E.S.P., está refiriéndose al Auto 275 de 2011 expedido por la Corte Constitucional, es necesario señalar que la H. Corte Constitucional tuvo oportunidad de verificar el cumplimiento y eficacia de las órdenes impartidas a la UAESP del Distrito Capital, a través de la Sentencia T- 724 de 2003 y de los Autos 268 de 2010, 180 y 183 de 2011, en relación con la inclusión de acciones afirmativas a favor de los recicladores en las condiciones que regían la Licitación Pública 001 de 2011, resolviendo, entre otras cosas, lo siguiente:

**"PRIMERO-. DECLARAR EL INCUMPLIMIENTO** por parte de la UAESP de las órdenes conferidas en la sentencia T-724 de 2003 y de los criterios generales fijados en el Auto 268 de 2010.

**"SEGUNDO-. DEJAR SIN EFECTO** la Licitación Pública No. 001 de 2011, así como todos los actos administrativos dictados con ocasión de dicho proceso.

"(...)".

De tal suerte que el Auto en mención, se profirió dentro de una Tutela promovida contra la UAESP del Distrito Capital, dentro de un proceso licitatorio para la constitución de áreas de servicio exclusivo en Bogotá para la prestación del servicio de aseo. Que teniendo en cuenta que la expedición del Auto 275 de 2011, 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, la Corte Constitucional le ordenó llevar a cabo acciones afirmativas que permitiera la inclusión de los recicladores en este proceso.

Por lo anterior, dicho fallo no guarda relación alguna con el procedimiento administrativo adelantado por la CRA y que culminó con la expedición de la Resolución CRA 619 de 2012, que corresponde es a una actuación administrativa para imposición de las condiciones que deben regir el servicio de facturación conjunta, cuyo trámite se rige es por lo establecido en la Resolución CRA 422 de 2007, dentro de la cual no se contempla la inclusión de los recicladores en este tipo de procedimientos.

Que acorde con lo dispuesto por el artículo 40 de la Ley 142 de 1994, quien está facultado para establecer áreas de servicio exclusivo, son únicamente los entes territoriales, por lo cual, en el Auto 275 de 2011 se le solicitó al Distrito tener en cuenta en el esquema a los recicladores, cosa que resulta inaplicable en este caso, pues la CRA no estableció áreas de servicio exclusivo, toda vez que legalmente no puede hacerlo. Simplemente, se trata de una empresa de carácter privado que ejerció su derecho a solicitar ante la CRA la imposición de

31 hu

las condiciones que deben regir el servicio de facturación conjunta, toda vez que en Armenia no hay áreas de servicio exclusivo, y por ende, cualquier operador que cumpla con lo previsto por la Ley, puede entrar libremente a competir en el mercado de aseo.-

Así las cosas, la CRA no puede exigirle a Servigenerales S.A. E.S.P, el cumplimiento de requisitos no contemplados en la norma para la imposición de las condiciones que deben regir el servicio de facturación conjunta, porque si lo hiciera constituiría una violación al debido proceso y además excedería sus competencias.

Según lo expuesto, sería un absurdo jurídico incluir dentro de una Resolución que impone las condiciones que deben regir el servicio de facturación conjunta, en un esquema de prestación de libre competencia, la obligación de permitir la participación de los recicladores.

En consecuencia, el argumento de la recurrente no está llamado a prosperar;

Así las cosas, la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico no puede acceder a la solicitud de Empresas Públicas de Armenia – EPA E.S.P., de revocar la Resolución CRA 619 de 2012, toda vez que la misma se encuentra del todo ajustada a derecho, debiéndose proceder a confirmarla en su totalidad.

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

#### RESUELVE:

**ARTÍCULO 1°. CONFIRMAR** en su integridad la Resolución CRA 619 de 2012 "Por la cual se imponen las condiciones que deben regir el servicio de facturación conjunta del servicio público de aseo entre las Empresas Públicas de Armenia – EPA E.S.P y Servigenerales S.A E.S.P", de acuerdo con las razones señaladas en la parte considerativa de este acto.

**ARTÍCULO 2°. NOTIFICAR** personalmente el contenido de la presente Resolución al Representante Legal de Empresas Públicas de Armenia E.S.P. o quien haga sus veces, así como al Representante Legal de Servigenerales S.A E.S.P o a quien haga sus veces, entregándoles copia íntegra, auténtica y gratuita de la misma e informándoles que contra la misma no procede recurso alguno por haberse agotado la vía gubernativa.

En caso de no poder realizarse la notificación personal, proceder a la notificación por edicto.

**ARTÍCULO 3°. COMUNICAR** la presente Resolución a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios para lo de su competencia y demás fines pertinentes.

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

#### NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE, Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C. a los treinta días (30) del mes de enero de dos mil trece (2013)



**DIEGO MOLANO VEGA**  
Presidente Ad-Hoc



**SILVIA JULIANA YEPES SERRANO**  
Directora Ejecutiva

