

REPUBLICA DE COLOMBIA



MINISTERIO DE DESARROLLO ECONÓMICO

RESOLUCION CRA No 158 DE 2001

Por la cual se decide la solicitud de revocatoria directa presentada contra la Resolución 143 de 2000.

**LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO
BÁSICO**

En ejercicio de las facultades legales, en especial de las conferidas en la Ley 142 de 1994, en el Código Contencioso Administrativo y en los Decretos 1524 de 1994 y 1905 de 2000, y

CONSIDERANDO

Que la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico expidió la Resolución 143 de 2000 "Por la cual se inicia procedimiento administrativo para revisar las tarifas y fórmulas tarifarias aplicadas al servicio de aseo en el Distrito Capital y si es necesario modificarlas de oficio";

Que mediante comunicación del 27 de abril de 2001, con radicación CRA 1644 de 2001, el Doctor Hugo Beltrán Hernández en su condición de apoderado del Distrito Capital - Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos, presentó solicitud de revocatoria directa contra la Resolución 143 de 2000, advirtiendo acoger en forma parcial y en lo pertinente los argumentos plasmados en el escrito fechado el 17 de abril del año en curso suscrito por el apoderado de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, Doctor José Gregorio Hernández Galindo, mediante el cual solicitó la revocatoria directa de la Resolución CRA 144 de 2000.

1. ARGUMENTOS DEL APODERADO DEL DISTRITO CAPITAL

Que a juicio del apoderado del Distrito Capital -Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos se configura la causal prevista en el numeral 1º del Artículo 69 del Código Contencioso Administrativo.

Que los motivos expuestos por el solicitante se pueden sintetizar así:

"1. Al adoptar la determinación expresada en la Resolución 144 de 2000, la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico no ha seguido el procedimiento señalado en la ley (...)

"La Comisión no ha respetado el procedimiento legal contemplado en el Capítulo II, Título VII de la Ley 142 de 1994... preceptos que si bien fueron citados formalmente como parte de los fundamentos jurídicos de la determinación administrativa, de manera abiertamente incongruente la Comisión de Regulación de Agua Potable y saneamiento Básico no les ha dado aplicación. Es así como en el artículo segundo de la parte resolutive de la decisión administrativa en cuestión se dispuso:

"ARTÍCULO SEGUNDO.- Delegar al Comité de Expertos la facultad de practicar pruebas y expedir los actos de trámite necesarios para el desarrollo del procedimiento".

"Por su parte, el artículo 109 de la Ley 142 de 1994, norma que se encuentra en el citado capítulo, es del siguiente tenor literal:

"ARTICULO 109.- Funcionario para la práctica de pruebas y decisión de recursos. Al practicar pruebas, las funciones que corresponderían al juez en un proceso civil las cumplirá la autoridad, o la persona que acuerden la autoridad y el interesado; o cuando parezca indispensable para garantizar la imparcialidad y el debido proceso y el interesado lo solicite, la que designe o contrate para el efecto el Superintendente de Servicios Públicos. Este, a su vez, podrá designar o contratar otra autoridad o persona para que cumpla las funciones que en este capítulo se le atribuyen (...)".

"De la simple confrontación entre el acto administrativo y la Ley que determina el procedimiento aplicable, se concluye que la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico ha desconocido flagrantemente el derecho de defensa y, por contera, el del debido proceso del Distrito Capital - Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos".

"Al respecto cabe resaltar que según disposición expresa del artículo 29 de la Carta Política, toda persona tiene derecho "a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra (...) es nula de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso".

"Como se ha visto, la práctica de pruebas y la expedición de actos de trámite han sido delegados por la autoridad administrativa en una dependencia de su seno, denominada "Comité de Expertos", que no tiene entidad legal propia sino puramente administrativa, toda vez que emana de la Resolución 117, expedida por la misma Comisión ..."

"Se observa (...), que la Comisión delegó la importante función correspondiente a la práctica de pruebas, en un ente que carece de competencia para tal efecto, (...)

"Sobre el particular, resulta pertinente invocar el artículo 29 de la Constitución Política (...)

"Aquí, por el contrario la autoridad competente ha delegado su atribución sin autorización legal, en un ente creado por ella misma entre cuyas funciones no está ni remotamente la que se le ha encomendado, y ni la autoridad competente ni tampoco el ente delegatario han observado la plenitud, y ni siquiera la mínima parte de las formas propias de esta clase de procesos...

"La delegación en el llamado "Comité de Expertos" para que éste practicara pruebas, se hizo so pretexto de la aplicación del artículo 9 de la Ley 489 de 1998 ... pero este precepto que alude a la figura de la delegación administrativa, es una norma que en este caso particular no resulta aplicable porque existe una Ley de carácter especial que rige la materia relativa a la práctica y recaudación de pruebas para la expedición de actos administrativos unilaterales en materia de servicios públicos domiciliarios...

"El procedimiento para expedir actos administrativos unilaterales es el previsto en dicho capítulo de la Ley 142 de 1994" (capítulo II del Título VII de la Ley 142 de 1994).

"2. La Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico ha vulnerado el debido proceso y el derecho de defensa del Distrito Capital - Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos, por no haber dado aplicación al artículo 108 ibídem, pues, al parecer, se encuentra vencido el término previsto en dicha norma sin que dentro del mismo el Distrito hubiese sido escuchado y tenido la oportunidad de controvertir las pruebas supuestamente existentes en su contra(...)

"...durante el trámite administrativo..., el Distrito no ha conocido cuáles pruebas ha decretado la Comisión y ni siquiera cuáles se tuvieron en cuenta para iniciar dicho procedimiento y, por ende, no ha tenido oportunidad de controvertirlas, como tampoco de oponer a esas pruebas las que estime convenientes para favorecer su posición dentro del proceso(...)

6

"...en la parte motiva de la resolución se limita a mencionar...que esa Comisión 'ha recibido múltiples quejas de usuarios y noticias de prensa, relacionadas con las altas tarifas del servicio de aseo en Bogotá', sin que se exponga y demuestre la valoración o evaluación exigida por parte de la Comisión sobre la validez y veracidad de las mismas(...)

"3. Con la resolución objeto de ataque se viola el derecho fundamental del debido proceso...la Comisión de Agua Potable y Saneamiento Básico **carece de competencia** para revisar las tarifas y fórmulas tarifarias aplicadas al servicio de aseo en el Distrito Capital, así como para modificarlas de oficio, salvo cuando se encuentren abusos de posición dominante, violación al principio de neutralidad, abuso con los usuarios del sistema, o cuando se presenten las prohibiciones establecidas en el artículo 98 de la Ley 142 de 1994, o cada cinco años, de conformidad con lo dispuesto por el parágrafo 1° del artículo 87 ibídem, eventos éstos que la Comisión ni los expone ni los demuestra".

"Desde el año de 1994 el servicio de aseo en Bogotá no lo presta directamente el Distrito capital, sino a través de empresas privadas que fueron contratadas para tal fin(...)

"Para la celebración de los aludidos contratos de concesión se tuvieron en cuenta las siguientes consideraciones de orden legal (...)

"Pues bien, en tales contratos se pactó que la remuneración a favor del concesionario estaría constituida por las sumas de dinero que resultaran de aplicar los porcentajes determinados en el mismo contrato según la zona, sobre los recaudos correspondientes a los pagos realizados por los usuarios de acuerdo a las tarifas vigentes fijadas por el Distrito, las cuales correspondían a las establecidas en la Resolución 240 de 1991, expedida por la Junta Nacional de Tarifas. Por lo tanto, como quiera que dicha remuneración quedó ligada a tales tarifas, éstas deben considerarse, por mandato legal (Art. 87, parágrafo 1°, de la Ley 142 de 1994) como parte integral de los contratos".

"El régimen de prestación del servicio de aseo antes descrito se ajustó cabalmente al previsto en el referido parágrafo 1° del citado artículo 87 de la Ley 142 de 1994, **en el cual las tarifas no están sometidas al régimen de regulación y libertad contemplado en el artículo 88 ibídem**, tal como se deduce inequívocamente de lo establecido en el parágrafo 2° del mismo artículo(...)

"...es forzoso concluir que a la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico no le compete definir metodologías tarifarias o establecer

d

fórmulas con arreglo a las cuales deben fijarse las tarifas que están pactadas en los contratos de concesión y forman parte integral de los mismos, mientras estén vigentes éstos".

"En consecuencia y por sustracción de materia, esa Comisión también es incompetente para iniciar y adelantar procesos administrativos como el que nos ocupa(...) Y en todo caso, de acuerdo con lo dispuesto en el mismo párrafo 1° del tantas veces citado artículo 87 de la Ley 142 de 1994, solamente podrá modificarlas en cualquiera de los eventos expresamente mencionados en dicha norma, siempre y cuando, desde luego, se haya comprobado plenamente y de manera previa la ocurrencia de alguno de ellos".

"...si bien es cierto que a la fecha en que se suscribieron las prórrogas de los contratos de concesión, esto es, el 14 de octubre de 1999, ya se encontraba vigente la Resolución 015 de 1997, expedida por esa Comisión, también lo es que no existía obligación legal alguna de ajustar las tarifas pactadas en los contratos iniciales...toda vez que ...,al haber sido celebrados los contratos de concesión de conformidad con el régimen contemplado en el párrafo 1° del artículo 87 ibídem, las fórmulas tarifarias y las tarifas pactadas como base de la remuneración al concesionario, quedaron excluidas del régimen de regulación y libertad de tarifas por parte de la Comisión previsto en el artículo 88 ibídem".

"...tampoco resultaba viable jurídicamente dar aplicación a lo prescrito por la referida Resolución 15 de 1997, ni al momento de la celebración de las prórrogas ni durante la vigencia de las mismas, por la potísima razón de que ello hubiera implicado necesariamente una variación unilateral del valor intrínseco de la remuneración y de las condiciones económicas y financieras contenidas en las propuestas, así como el rompimiento del equilibrio económico de los contratos a la luz de la ley 80 de 1993(...)"

"...en relación con la legalidad de las prórrogas, cuestionada en varias ocasiones por esa Comisión, en primer término es necesario puntualizar que **no existe disposición legal alguna que señale que las prórrogas de los contratos administrativos ni privados deban entenderse como un nuevo contrato, (...)**. Por el contrario, de la legislación contractual vigente y de la reiterada jurisprudencia y doctrina, se desprende que la figura de la prórroga consiste en el pacto por virtud del cual las partes acuerdan, antes del vencimiento del plazo, un plazo adicional para la ejecución de un contrato, en los mismos términos y condiciones estipulados en el mismo".

"...las prórrogas del plazo de los contratos quedaron sujetas a dos condiciones adicionales a la del mutuo acuerdo entre las partes; una que se produjera antes de la expiración del plazo, y, dos, que no más del 10% de los usuarios del

servicio de las zonas otorgadas en concesión comunicaren la inconveniencia de la prórroga. (...) ambas condiciones se cumplieron a cabalidad(...)".

"...dichas prórrogas fueron suscritas en consideración a que con ellas se continuaba garantizando la prestación eficiente del servicio de aseo en el Distrito Capital, pues, la no celebración de las mismas hubiera generado como consecuencia, ni más ni menos, que la prestación de dicho servicio en el Distrito capital. Y en todo caso, la Comisión no puede arrogarse competencias que no le corresponden, pues es al juez del contrato a quien en últimas le compete determinar si tales prórrogas fueron legalmente celebradas y si en éstas se podían o no cambiar las cláusulas económicas del contrato como producto de la aplicación de la citada Resolución 15 de 1997, en la medida en que los contratos de concesión se rigen por la Ley 80 de 1993".

2. ANÁLISIS DE LA SOLICITUD

De conformidad con lo establecido en el Artículo 69 del Código Contencioso Administrativo, los actos administrativos deberán ser revocados por los mismos funcionarios que los hayan expedido o por sus inmediatos superiores, de oficio o a solicitud de parte, en cualquiera de los siguientes casos:

- Cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la Ley;
- Cuando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él;
- Cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona.

Las razones que aduce el apoderado del Distrito Capital - Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos-, fundamentalmente se dirigen a establecer que tanto la actuación administrativa iniciada con la Resolución 143 de 2000 como la forma en que se ha adelantado el trámite de la misma, vulneran los derechos fundamentales al debido proceso, al derecho de defensa y el principio de contradicción (art. 29 C.P.), así como a la falta de competencia de la Comisión para revisar las tarifas y fórmulas tarifarias aplicadas al servicio de aseo en el Distrito Capital y modificarlas de oficio, competencia que solamente tendría en caso de encontrarse "abusos de posición dominante, violación al principio de neutralidad, abuso con los usuarios del sistema, o cuando se presenten las prohibiciones establecidas en el artículo 98 de la Ley 142 de 1994, o cada cinco años, de conformidad con lo dispuesto por el parágrafo 1° del artículo 87 ibídem".

En su sentir, se configura la causal prevista en el numeral primero del citado artículo 69 del CCA.

7

En razón de lo anterior, se procederá al análisis y consideración de los fundamentos expuestos por el accionante, en idéntico orden al propuesto en la solicitud de revocatoria.

2.1 Presunta ilegalidad de la delegación en el Comité de Expertos

El apoderado del Distrito Capital -UESP- plantea dos observaciones: la primera que no se respetó el debido proceso en tanto que la Comisión, en lugar de seguir estrictamente lo dispuesto en el Capítulo II del Título VII de la Ley 142 de 1994 – particularmente lo dispuesto en el artículo 109, relacionado con la práctica de pruebas -, optó por delegar en el Comité de Expertos dicha actividad; y la segunda, que el Comité de Expertos es "*... un ente que carece de competencia para el efecto, si se tienen en cuenta no sólo la forma de su creación sino el ámbito de funciones que en el acto que la define le fue señalado (...)*", funciones delegadas "*por la autoridad administrativa en una dependencia de su seno, denominada 'Comité de Expertos', que no tiene entidad legal propia sino puramente administrativa, ya que emana de la Resolución 117 de 1999, proferida por la Comisión...*".

En relación con las objeciones planteadas, es necesario anotar lo siguiente:

Desde la perspectiva de la actividad administrativa adelantada por la Comisión y particularmente del objetivo perseguido con la Resolución 143 de 2000, es evidente que el único procedimiento aplicable para la misma es el previsto en el Capítulo II del Título VII de la Ley 142 de 1994 – artículos 106 y siguientes -, luego por ese aspecto, no existe controversia alguna, a tal punto que en este acto administrativo se invocó precisamente esa normatividad para adelantar toda la actuación y por eso mismo, se le comunicó a la empresa en la forma prevista en artículo 107 IB.

En esas condiciones, la controversia planteada por el apoderado del Distrito Capital - UESP queda reducida a establecer si la Comisión estaba facultada para delegar en otra autoridad o en un tercero, la práctica de las pruebas a que hubiese lugar.

Para responder a esta cuestión, es preciso indicar que el apoderado del Distrito Capital - UESP ignora que el Artículo 29 del Decreto 1905 de 2000, aprobatorio de los estatutos de la Comisión, establece las funciones del Comité de Expertos, señalando en el numeral 12 la facultad de la Comisión para asignarle las demás funciones que ésta tenga a bien, dentro de la legalidad exigida a los entes públicos. En tales condiciones, entonces, si la Comisión en sí misma considerada puede practicar las pruebas a que haya lugar, como autoridad competente según se desprende de la lectura del artículo 109 de la Ley 142 de

1994, pues, es natural que dicha autoridad pueda delegar en otro órgano administrativo dicha función.

Y esa delegación estuvo correctamente efectuada pues, el artículo 9º de la Ley 489 de 1998, establece que "Las autoridades administrativas, en virtud de lo dispuesto en la Constitución Política y de conformidad con la presente ley, podrán mediante acto de delegación, transferir el ejercicio de funciones a sus colaboradores o a otras autoridades con funciones afines o complementarias". Como el Comité de Expertos es uno de los colaboradores de la Comisión, es entonces a tal delegatario a quien corresponde aplicar, como autoridad, lo dispuesto en el artículo 109 de la Ley 142 de 1994, en relación con la práctica de pruebas.

De otro lado, y en relación con la crítica que se plantea sobre la supuesta falta de competencia, es pertinente señalar que el apoderado del Distrito Capital-UESP hace una afirmación que desconoce enteramente la existencia del Artículo 70 de la Ley 142 de 1994, cuyo numeral 70.1 a., **crea dentro de la estructura de las Comisiones**, la figura del Comité de Expertos Comisionados, de donde se desprende, que este organismo es de creación legal, no reglamentaria. Así, no es la Resolución 117 de 1999 la que crea el citado Comité, sino la ley y por tanto, ésta le asignó a la Comisión un colaborador especializado para el cumplimiento de sus funciones.

En tales condiciones, esta Comisión no encuentra que ni el acto de delegación ni la actuación del delegado vulneren en manera alguna el procedimiento que debe seguirse en actuaciones como la iniciada con la Resolución 143 de 2000, y por tanto, que tampoco se haya violentado el principio de legalidad.

Una cuestión final en este asunto, es la de llamar la atención en el sentido de que no por el hecho de que la Comisión haya delegado en el Comité de Expertos la práctica de pruebas y el impulso del procedimiento, ésta haya perdido en manera alguna competencia para resolver el fondo que se pretende establecer con la actuación administrativa, pues, es evidente que única y solamente es a la Comisión a quien compete adoptar decisiones de esa naturaleza.

Por idéntica razón, entonces, mal puede entenderse que el Distrito Capital – UESP- fue sometido a un procedimiento adelantado por una autoridad que no es la competente para ocuparse en sede del asunto que se investiga.

2.2 Presunta vulneración al debido proceso y al derecho de defensa.

d

Este cargo se concreta en el supuesto desconocimiento por parte de la Comisión del debido proceso y del derecho de defensa del Distrito Capital - Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos-, "por no haber dado aplicación al artículo 108 ibídem, pues al parecer se encuentra vencido el término previsto en dicha norma sin que dentro del mismo el Distrito hubiese sido escuchado y tenido la oportunidad de controvertir las pruebas supuestamente existentes en su contra, así como sin que la autoridad hubiese decretado las pruebas a que hubiere habido lugar, conforme a lo previsto en la misma disposición".

Adicionalmente argumenta el apoderado del Distrito capital- UESP que "...durante el trámite administrativo..., el Distrito no ha conocido cuáles pruebas ha decretado la Comisión y ni siquiera cuáles se tuvieron en cuenta para iniciar dicho procedimiento y, por ende, no ha tenido oportunidad de controvertirlas, como tampoco de oponer a esas pruebas las que estime convenientes para favorecer su posición dentro del proceso(...)

"...en la parte motiva de la resolución se limita a mencionar...que esa Comisión 'ha recibido múltiples quejas de usuarios y noticias de prensa, relacionadas con las altas tarifas del servicio de aseo en Bogotá', sin que se exponga y demuestre la valoración o evaluación exigida por parte de la Comisión sobre la validez y veracidad de las mismas(...)

En relación con esta crítica, es pertinente indicar, que para la Comisión es y ha sido claro en todo momento que la normatividad aplicable a la actuación administrativa iniciada con la Resolución 143 de 2000 es la contenida en la Ley 142 de 1994, Artículo 106 y ss., valga decir, el previsto en el Capítulo II del Título VII, y, en lo no contemplado en esas normas, por aquellas disposiciones del Código Contencioso Administrativo que en subsidio sean pertinentes.

La Comisión, consciente de que, potencialmente, el resultado de la actividad emprendida podía culminar con la expedición de un acto administrativo de carácter unilateral, ordenó en la Resolución 143 del 3 de noviembre de 2000 – artículos Tercero y Cuarto – "Comunicar, en los términos del Artículo 107 de la Ley 142 de 1994, el contenido de la presente resolución al Alcalde Mayor del Distrito Capital, al Gerente de la Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos Domiciliarios del Distrito (UESP), a los Representantes Legales de los Concesionarios del servicio de aseo en el Distrito Capital y al Personero Distrital con el fin de que ejerzan su derecho a constituirse en parte" y "Publicar la parte resolutive del presente acto, por una vez, en los términos de los Artículos 28 y 46 del Código Contencioso Administrativo, en el Diario Oficial y en un periódico de amplia circulación en el Distrito Capital, para que los terceros indeterminados que se consideren interesados en las resultas del procedimiento se constituyan en parte"

En cumplimiento de lo ordenado en el citado Artículo Tercero de la Resolución 143 de 2000, la Comisión mediante Oficios CRA-OJ 3056, 3057, 3055, 3054,

3053 y 3051 del 9 de noviembre de 2000, comunicó el inicio de la actuación al Alcalde Mayor, al Personero Distrital, al Director de la UESP y a los representantes legales de los Concesionarios, anexando copia de tal acto administrativo, y adoptando idéntica conducta respecto de las demás personas allí indicadas, con el fin de que ejercieran su derecho a constituirse en parte si a bien lo tuvieran.

Dicho acto se publicó en Diario Oficial 44257 del 13 de diciembre de 2000 y en el periódico "EL ESPECTADOR" del 15 de noviembre de 2000 por lo cual se observa de lo anotado, que la Comisión se ajustó estrictamente al mandato legal, en tanto que no procedió subrepticamente, ni menos aún pretermitiendo término legal alguno, pues, facilitó la publicidad ordenada en la ley para esta clase de actuaciones.

Adicionalmente, se dio traslado del expediente por el término de diez (10) días hábiles, y específicamente a la UESP, mediante comunicación CRA - OJ 1709 del 11 de abril de 2001, para efectos de dar aplicación a las garantías procesales del derecho a la defensa, al debido proceso y al principio de contradicción, término dentro del cual pudo solicitar la práctica de pruebas o aportar las que a bien tuviera; reiterándole que el expediente se encontraba, como desde un comienzo de la actuación administrativa, a disposición de los interesados en las dependencias de la Comisión.

Cosa bien distinta es que sólo hasta el 28 de marzo de 2001, – según radicación CRA 1180 -, la UESP se haya constituido en parte mediante apoderado, como se desprende del poder que allegó el doctor Hugo Fidel Beltrán Hernández junto con los anexos correspondientes al nombramiento de la poderdante y los antecedentes de delegación y posesión.

Además, a partir del 10 de noviembre de 2000, inició el término previsto en el artículo 108 de la Ley 142 de 1994 para que la Unidad, como parte interesada en el resultado de la actuación de la Comisión, estudiara el expediente formado, consultara los documentos y demás elementos de prueba allí recaudados, y responsablemente estableciera, si existían diferencias de información o de apreciación sobre aspectos que requiriesen conocimientos especializados. El término aludido, como se sabe es de un mes, pero el representante legal de la empresa **no concurrió ni ejerció los derechos que le confiere la ley**, valga decir, el de ser oído y pedir el decreto de las pruebas a que hubiere lugar.

En términos procesales, ocurrió el fenómeno de la preclusión, esto es, el agotamiento de la oportunidad para hacerlo, sin que ahora pueda alegarse válidamente que no se tuvo oportunidad de ser oída dentro del procedimiento.

d

De hecho, la razón por la cual la ley ordena que se comunique a los interesados la iniciación del procedimiento, es precisamente que, dentro del mismo, participe y se le escuche.

Ahora bien, tampoco tiene mérito el argumento del apoderado del Distrito Capital -UESP- en cuanto señala que su poderdante no ha conocido cuáles pruebas se tuvieron en cuenta para iniciar dicho procedimiento, pues, precisamente, la actuación administrativa se encamina a revisar las tarifas y fórmulas tarifarias aplicadas al servicio de aseo en el Distrito Capital y si es necesario modificarlas de oficio.

De otra parte, no puede olvidarse que en el documento de trabajo (el cual obra en el expediente, folios 494 a 517) que sirvió de base para la expedición de citada Resolución 143 sí se precisó el análisis que llevó a la Comisión a dictarla.

Así las cosas, si los argumentos que sirvieron de base para la expedición de mencionada resolución, no eran compartidos por el Distrito Capital - Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos, debió así manifestarlo dentro de la oportunidad que establece la ley, esto es, dentro del mes siguiente a aquel en que se le comunicó el contenido de la Resolución CRA 143, pero en lugar de hacerlo, calló, guardó silencio y ahora pretende argüir que se le vulneró el derecho de defensa, y el debido proceso, por no haber tenido oportunidad para controvertirlas.

Por ello sorprende el hecho que ahora, cuando los términos legalmente establecidos para decidir están a punto de vencerse, el Distrito Capital - U.E.S.P. - mediante su apoderado presente solicitud de revocatoria directa contra la Resolución 143 de 2000, que nos ocupa.

Ello, por supuesto deja entrever que la actuación que viene cumpliendo la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico tiene un claro fundamento legal y, en esa medida, no configura en comportamiento arbitrario que pueda calificarse como violatorio del régimen constitucional del debido proceso administrativo. En efecto, según lo ha venido sosteniendo en extensa Jurisprudencia, el debido proceso administrativo se satisface cuando el Estado, a través de los distintos órganos que lo representan, ajusta sus actuaciones a las reglas que se encuentran previamente definidas en el ordenamiento jurídico, armonizando de este modo su funcionamiento, reconociéndole seguridad jurídica a los administrados y dándole plena validez a sus propios actos, tal como ha sucedido en el presente caso. Sobre el tema, ha dicho la Corte, lo siguiente:

"[...]El artículo 29 de la Constitución señala que el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, e incluye como elemento básico del mismo la observancia "de la plenitud de las formas propias de cada

juicio", lo que en materia administrativa significa el pleno cumplimiento de lo prescrito en la ley y en las reglas especiales sobre el asunto en trámite.

En último término, de lo que se trata es de evitar que la suerte del particular quede en manos del ente administrativo. Por lo cual, todo acto arbitrario de éste, entendido por tal el que se aparta de las normas aplicables, para realizar su propia voluntad, implica violación del debido proceso. [...]" (Sentencia T-391 de 1997, M.P. José Gregorio Hernández Galindo).

Que el Distrito Capital – a través del apoderado de la UESP – se haya abstenido de actuar debidamente en el procedimiento administrativo promovido a través de la Resolución CRA 143 de 2000, no es un hecho imputable a la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico o que pueda comprometer su proceder, pues como se ha dicho, ésta en cumplimiento de los deberes constitucionales y legales asignados, se ha ceñido a las normas de competencia y de procedimiento que fija la Ley 142 de 1994, dándole oportunidad para ejercer, bajo el marco de las garantías constitucionales, su derecho de defensa.

De otra parte, es importante aclarar que la Resolución 143 de 2000 es un acto administrativo de trámite.

Sobre el particular, el Artículo 50 del Código Contencioso Administrativo en su inciso final dispone que "*son actos definitivos, que ponen fin a una actuación administrativa, los que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto; los actos de trámite pondrán fin a una actuación cuando hagan imposible continuarla*".

En relación con la clasificación de los actos administrativos en actos de carácter definitivo y actos preparatorios, la doctrina¹ considera que éstos últimos son aquellos que se expiden como parte de un procedimiento administrativo que se encamina a adoptar una decisión o que cumplen un requisito posterior a ella, no definen una actuación, son de mera impulsión y son antecedentes a un acto definitivo.

En este sentido, la Jurisprudencia² ha señalado que "*Los actos de trámite o preparatorios, a diferencia de los actos definitivos, no expresan en concreto la voluntad de la administración, simplemente constituyen el conjunto de actuaciones intermedias que preceden a la formación de la decisión*

¹ VIDAL PERDOMO, Jaime. "Derecho Administrativo", Ed. Temis, 9 edición, pág. 263. RODRÍGUEZ R., Libardo. "Derecho Administrativo General y Colombiano", Ed. Temis, 8 edición, pág. 208 y s.s.

² Corte Constitucional, Sentencia SU-202 de 1994. Magistrado Ponente, Doctor Antonio Barrera Carbonell.

administrativa que se plasma en el acto definitivo". Así mismo ha expresado lo siguiente: "Según lo ha entendido la doctrina y la jurisprudencia, los actos de trámite y preparatorios como su nombre lo indica, dan impulso a la actuación preliminar de la administración, o disponen u organizan los elementos de juicio que se requieren para que ésta pueda adoptar, a través del acto principal o definitivo, la decisión sobre el fondo del asunto. Es obvio, como lo advierte el aparte final de la norma citada (inciso final del art. 50 del C. C. A.) que un acto de trámite puede tornarse definitivo, cuando de alguna manera, decida sobre la cuestión de fondo, o ponga fin a la actuación administrativa, de suerte que se haga imposible la continuación de ésta"³.

Por otra parte, la Jurisprudencia ha expresado que los actos administrativos definitivos proferidos por las autoridades son "aquellos que expresan en concreto la voluntad de la administración y contienen lo que la doctrina administrativa denomina decisión ejecutoria, capaz de afectar la esfera jurídica de una persona determinada..."⁴. (el subrayado es nuestro).

En tratándose de los actos creadores de situaciones jurídicas individuales y concretas, el Consejo de Estado ha manifestado que "... Por lo demás existe contradicción al dar aplicación a los artículos 69 y siguientes del Código Contencioso Administrativo, y especialmente al artículo 73 que se refiere a la revocatoria de actos creadores de situación jurídica individual y concreta, porque para que tal posibilidad pudiera plantearse, sería necesario que dicha situación particular hubiese sido creada y consolidada por el acto de cuya revocatoria se trate, independientemente de la juridicidad o no del retiro del mismo a través del revocatorio..."⁵.

Adicionalmente, la doctrina ha señalado que "una situación jurídica es la manera de ser de cada uno frente a una regla de derecho o a una institución jurídica ... esa situación puede ser simplemente abstracta o puede ser concreta... una situación jurídica abstracta es la manera de ser eventual o teórica de cada uno respecto de una ley determinada ... una situación jurídica concreta es, por oposición a la situación jurídica abstracta, una manera de ser derivada, para una persona determinada de un acto jurídico o de un hecho jurídico que hace jugar en su provecho o en su contra las reglas de una institución jurídica, confiriéndole efectivamente las ventajas y las obligaciones inherentes al funcionamiento de esa institución"⁶ (Subrayas fuera del texto).

³ Corte Constitucional, Sentencia SU 202 de 1994, Magistrado Ponente Doctor Antonio Barrera Carbonell.

⁴ Corte Constitucional, Sentencia SU 201 de 1994, Magistrado Ponente Doctor Antonio Barrera Carbonell.

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, 19 de julio de 1988, Consejero Ponente Doctor Guillermo Benavides Melo, Expediente No. 874.

⁶ BONNECASE, J. "Précis de Droit Civil, I. Paris, 1938, pág. 114 y s.s.

Igualmente se ha dicho que "Una persona se halla frente a la ley en una situación jurídica abstracta cuando la norma no ha podido obrar en su favor o en su contra porque no se ha realizado aún el supuesto jurídico para que ello tenga lugar; y se encuentra en una situación jurídica concreta cuando la norma obró ya en su favor o en su contra porque se realizó la hipótesis jurídica contemplada para esos efectos. Ese supuesto o hipótesis, de otro lado, puede consistir en un acto o en un hecho jurídico"⁷.

Por su parte, el Honorable Consejo de Estado ⁸ al definir si las prestaciones sociales, diferentes a la jubilación, reconocidas a empleados departamentales en ordenanzas expedidas antes de la Constitución de 1991, sostuvo que "Las ordenanzas que pudieron regular esas prestaciones sociales, constituyen un acto administrativo general, por cuanto crean situaciones impersonales, abstractas; no confieren situaciones jurídicas individuales. Esas nacen cuando por medio de otro acto, individual, se concreta en un sujeto determinado, preciso, el derecho previsto en la norma abstracta, consolidándose una situación jurídica. Es conocido que situación jurídica es el conjunto de derechos y deberes que el "derecho" atribuye a una persona colocada en ciertas condiciones. Entonces, la situación jurídica implica de suyo, que exista un derecho individual amparado por una norma jurídica. La situación jurídica no nace por generación espontánea; existe entre determinado sujeto y el ordenamiento jurídico, por intermedio de una norma jurídica. El acto administrativo individual, mediante el cual se confiere un derecho subjetivo y concreto, goza como cualquier acto administrativo de las presunciones antes indicadas" (El subrayado es nuestro).

Por las razones antes expuestas, fuerza concluir que la Resolución 143 de 2000 es un acto de trámite, que no ha creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, ya que con el mismo sólo se dio inicio a una actuación administrativa. Se trata de un acto preparatorio que no contiene una "decisión ejecutoria", en los términos establecidos por la jurisprudencia y la doctrina, por tal motivo no puede considerarse dentro de la excepción precitada ya que, se reitera, no ha creado ninguna situación jurídica particular.

En tales condiciones, entonces, la Comisión tampoco observa por esta crítica que se haya vulnerado o conculcado alguno de los derechos fundamentales que el apoderado de la - U.E.S.P. - argumenta para solicitar la revocatoria.

⁷ NOGUERA LABORDE, Rodrigo. "Introducción General al Derecho - Volumen 2". Universidad Sergio Arboleda, 2ª., pág. 145.

⁸ Consejo de Estado, Sala de Consulta, Consejero Ponente María Elena Giraldo Gómez, 7 de Febrero de 1997. Rad. No: 955-97.

d

Adicionalmente, reflexionando sobre la consideración precedente, se debe señalar que la presunta vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso y al derecho de defensa que se alega en el escrito de la revocatoria no existe ni materialmente ni puede presumirse, no sólo porque el proceso administrativo se ha surtido de conformidad con lo estipulado en la Ley 142 de 1994 que le es aplicable, sino porque además, el acto controvertido es en sí mismo de trámite y, en consecuencia, la actuación potencialmente violatoria de las garantías fundamentales invocadas se encuentra inconclusa, inacabada e incompleta y, desde ese punto de vista, su eventual definición es todavía materia de discusión y debate al interior de la administración, quedando pendiente también el ejercicio de los recursos y acciones que contra los actos definitivos pueden promoverse en la vía gubernativa y ante la jurisdicción de lo contencioso administrativa.

2.3. Que con la resolución objeto de ataque, a juicio del solicitante, se viola el derecho fundamental del debido proceso consagrado en el Artículo 29 de la Constitución Política, en atención a que la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico carece de competencia para revisar las tarifas y las fórmulas tarifarias aplicadas al servicio de aseo en el Distrito Capital, así como para modificarlas de oficio, salvo cuando se presenten las causales establecidas en el parágrafo 1º del Artículo 87 de la Ley 142 de 1994; eventos éstos que la Comisión ni los expone ni los demuestra.

Como primera medida, es necesario precisarle al apoderado de la Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos que de conformidad con lo establecido en el Artículo 3º de la Ley 142 de 1994 o Ley de Servicios Públicos Domiciliarios, que todas las atribuciones y funciones asignadas a las entidades, autoridades y organismos de que trata esta ley constituyen instrumentos para la intervención estatal en los servicios públicos especialmente las relativas a las siguientes materias:

"3.3.- Regulación de la prestación de los servicios públicos teniendo en cuenta las características de cada región; fijación de metas de eficiencia, cobertura y calidad, evaluación de las mismas, y definición del régimen tarifario.

(...)

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, al control, inspección y vigilancia de la Superintendencia de Servicios Públicos, y a las contribuciones para aquéllas y ésta". *(Subrayas fuera de texto)*

Por su parte, el Artículo 14.18 ibídem dispone que se entiende por "Regulación de los servicios públicos domiciliarios" la facultad de dictar normas de carácter general o particular en los términos de la Constitución y de esta 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.

Dicha facultad fue delegada por el Presidente de la República en las comisiones de regulación mediante Decreto 1524 de 1994, en los términos del Artículo 68 de la Ley 142 de 1994.

En este entendido, el Artículo 73 de la Ley de Servicios Públicos Domiciliarios otorgó a las comisiones de regulación 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 la posición dominante, y produzcan servicios de calidad.

Para ello, el numeral 11 ibídem dispuso que las comisiones tendrán, entre otras, la siguiente función y facultad especial:

"73.11.- Establecer fórmulas para la fijación de las tarifas de los servicios públicos, cuando ello corresponda según lo previsto en el artículo 88; y señalar cuándo hay suficiente competencia como para que la fijación de las tarifas sea libre". (Subrayas fuera de texto)

Por su parte, el Artículo 74.2 de la mencionada ley señaló que es función especial 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 (...)"

Igualmente, el párrafo 1º del Artículo 87 ibídem dispuso que "cuando se celebren contratos mediante invitación pública para que empresas privadas hagan la financiación, operación y mantenimiento de los servicios públicos domiciliarios de que trata esta ley, la tarifa podrá ser un elemento que se incluya como base para otorgar dichos contratos. Las fórmulas tarifarias, su composición por segmentos, su modificación e indexación que ofrezca el oferente deberán

atenerse en un todo a los criterios establecidos en los artículos 86, 87, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95 y 96, de esta ley. Tanto éstas como aquellas deberán ser parte integral del contrato y **la Comisión podrá modificarlas cuando se encuentren abusos de posición dominante, violación al principio de neutralidad, abuso con los usuarios del sistema. Intervendrá asimismo, cuando se presenten las prohibiciones estipuladas en el artículo 98 de esta ley. Con todo las tarifas y las fórmulas tarifarias podrán ser revisadas por la comisión reguladora respectiva cada cinco (5) años y cuando esta ley así lo disponga**". (Subrayas fuera de texto)

De las normas anteriormente citadas, se observa con claridad meridiana que la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico sí está facultada para revisar las tarifas y las fórmulas tarifarias del Distrito Capital, a pesar de que actualmente el servicio de aseo sea prestado por concesionarios, en virtud de los contratos suscritos en 1994.

Admitir que la existencia de los contratos es óbice para ejercer dicha facultad conduciría a desconocer abiertamente la legislación que desarrolla la materia lo cual, desde todo punto de vista, es un despropósito, maxime si se tiene en cuenta que también se desconocería la facultad constitucional consagrada en el artículo 370, donde se establece la potestad presidencial de ejercer el control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios.

El apoderado de la Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos, de manera desafortunada, afirma que "la Comisión de Agua Potable y Saneamiento Básico **carece de competencia para revisar las tarifas y las fórmulas tarifarias aplicadas al servicio de aseo en el Distrito Capital, así como para modificarlas de oficio, salvo cuando se presenten abusos de posición dominante, violación al principio de neutralidad, abuso con los usuarios del sistema, o cuando se presenten las prohibiciones estipuladas en el artículo 98 de la Ley 142 de 1994, o cada cinco años, de conformidad con lo dispuesto por el parágrafo 1º del artículo 87 ibídem; eventos éstos que la Comisión ni los expone ni los demuestra**" (Subrayado fuera de texto).

Sobre el particular, el mismo apoderado de la UESP acepta que la CRA sí está facultada para revisar las tarifas y las fórmulas tarifarias cuando se presenten las previsiones del Artículo 87 parágrafo 1º citado, sin embargo cabe preguntarse ¿cómo puede demostrarse que se presentan dichas previsiones, si la resolución objeto de ataque es un mero acto de trámite que no comporta ninguna decisión de fondo?

Precisamente el objeto de la actuación administrativa iniciada mediante Resolución CRA 143 de 2000, es revisar las tarifas y las fórmulas tarifarias aplicadas al servicio de aseo en el Distrito Capital con el fin de determinar si es necesario modificarlas de oficio, claro está, siempre que se den las causales

7

legalmente establecidas para el efecto, lo cual se determinará con la culminación de la actuación.

Finalmente y en cuanto a las prórrogas suscritas en 1999, la legalidad de las mismas debe ser determinada por el juez del contrato. Adicionalmente, dicho tema no es objeto de la presente solicitud.

Por todo lo anterior, la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico,

RESUELVE

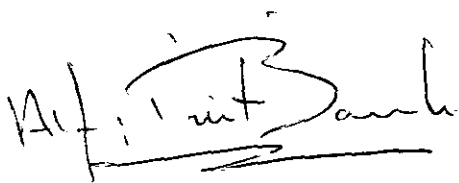
ARTÍCULO PRIMERO.- No acceder, por las razones expuestas en la parte motiva del presente acto, a la solicitud de revocatoria directa presentada contra la Resolución 143 de 2000, por el Doctor Hugo Beltrán Hernández en su condición de apoderado del Distrito Capital - Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos.

ARTÍCULO SEGUNDO.- Notificar el contenido de la presente resolución al Doctor Hugo Beltrán Hernández en su condición de apoderado del Distrito Capital - Unidad Ejecutiva de Servicios Públicos.

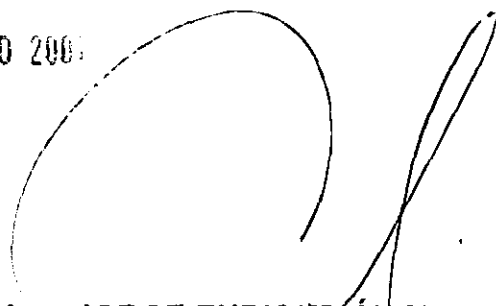
ARTÍCULO TERCERO.- La presente resolución rige a partir de su notificación y contra ella no procede recurso alguno por la vía gubernativa.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C. a los 21 MAYO 2001



JUAN ALFREDO PINTO SAAVEDRA
Presidente



JORGE ENRIQUE ÁNGEL GÓMEZ
Director Ejecutivo

Que el Artículo 39 de la Ley 142 de 1994 establece que cuando cualquier contrato especial a que se refiera el capítulo de contratos especiales para la gestión de los servicios públicos, permita al contratista cobrar tarifas al público, que estén sujetas a regulación, el proponente deberá incluir en su oferta la fórmula tarifaria que aplicaría.

Que el párrafo 1° del Artículo 87 de la Ley 142 de 1994 establece que cuando se celebren contratos mediante invitación pública para que empresas privadas hagan la financiación, operación y mantenimiento de los servicios públicos domiciliarios, la tarifa podrá ser un elemento que se incluya como base para otorgar dichos contratos. Las fórmulas tarifarias, su composición por segmentos, su modificación e indexación que ofrezca al oferente deberán atenerse en un todo a los criterios de la ley.

Que el Artículo 88.3 de la Ley 142 de 1994 establece que las empresas tendrán libertad para fijar tarifas, cuando exista competencia entre proveedores.

Que la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico, mediante Resolución 11 de 1996, (hoy incorporada en la Resolución CRA 151 de 2001) estableció reglas sobre contratos de concesión en los que se incluya el otorgamiento de áreas de servicio exclusivo para la prestación del servicio público domiciliarios de aseo.

Que el Artículo 6° de la Resolución 11 de 1996 (hoy art. 1.3.7.5 de la Resolución CRA 151 de 2001) determina que los proponentes deberán incluir en sus ofertas las fórmulas tarifarias que aplicarían, en cumplimiento de lo establecido en el inciso final del Artículo 39 de la Ley 142 de 1994 y señala que la Comisión intervendrá cuando se presenten los eventos contemplados en el párrafo 1 del artículo 87 de la Ley 142 de 1994.

Que el Artículo 7° de la Resolución 11 de 1996 (hoy art. 1.3.7.6 de la Resolución CRA 151 de 2001) determinó que los contratos que incluyan áreas de servicio exclusivo sólo podrán celebrarse siempre que el representante legal de la entidad territorial demuestre:

- Que los recursos disponibles en un horizonte de mediano y largo plazo no son suficientes para extender la prestación del servicio de aseo a los estratos de menores ingresos.
- Que con su otorgamiento se obtenga, directa o indirectamente, el aumento de la cobertura a dichos usuarios, sin desmejorar la calidad del servicio.

- Que la organización de un área de servicio exclusivo produciría economías que permitirían, con los recursos disponibles, llevar o subsidiar el servicio de aseo a dichos usuarios.

Que el Artículo 8° de la Resolución 11 de 1996 (hoy art. 1.3.7.7 de la Resolución CRA 151 de 2001) establece que para verificar el cumplimiento de las condiciones las entidades territoriales competentes interesadas deben hacer llegar a la Comisión debidamente certificados por las autoridades competentes y antes de abrir licitaciones de este tipo de contratos, un estudio de factibilidad técnica, económica y financiera del área o áreas de servicio exclusivo que tengan como fin justificar la viabilidad, número y distribución geográfica del área o áreas potencialmente viables.

Que el Artículo 9° de la Resolución 11 de 1996 (hoy art. 1.3.7.8 de la Resolución CRA 151 de 2001) establece las condiciones que deben llenar los contratos de concesión en los cuales se concluya el otorgamiento de áreas de servicio exclusivo a un empresario de servicios públicos.

Que el Artículo 12° de la Resolución 11 de 1996 (hoy art. 1.3.7.9 de la Resolución CRA 151 de 2001) establece que las normas de dicha resolución se interpretarán de acuerdo con los principios que contiene el título preliminar de la Ley 142 de 1994, teniendo en cuenta que el Artículo 40 de la Ley 142 de 1994, es una norma de carácter excepcional y por lo tanto, de aplicación restrictiva; y en la forma que mejor impida los abusos de posición dominante y que más favorezca la continuidad, calidad y precio en la prestación de los servicios.

1. ANTECEDENTES

Que mediante comunicación PGP-CTG-32 del 17 de noviembre de 2000, Radicación CRA 3298 de la misma fecha, la Empresa de Consultoría Planeamiento y Gestión de Proyectos PGP Ltda. remitió a la Comisión el oficio suscrito por la Doctora Gina Benedetti de Vélez, Alcaldesa de Cartagena de Indias, D.T. y C., en la que eleva a la Comisión "Solicitud de áreas de servicio exclusivo para el servicio de aseo para Cartagena de Indias D.T y C" y adjunta los análisis correspondientes a la elaboración del pliego de condiciones y los anexos del proyecto "**Preparación de Pliego de Condiciones para la Contratación de los Servicios de Recolección, Barrido, Limpieza y Transporte de los Residuos Sólidos y Hospitalarios en la Ciudad de Cartagena de Indias D.T. y C.**".

Posteriormente, la Firma Consultora Planeamiento y Gestión de Proyectos PGP Ltda. envió a la Comisión la comunicación PGP-CA-32 de fecha 1º de diciembre de 2000, Radicación CRA 3489 del 4 de diciembre de 2000, en la que remite información sobre la estructuración del esquema tarifario para el servicio de aseo en Cartagena de Indias. Igualmente, informa que ante el cambio en la Administración Distrital por la posesión del nuevo Alcalde, se han celebrado varias reuniones de empalme sobre el proceso iniciado por la anterior Alcaldesa y resaltan que el estudio presentado basa su viabilidad económica y financiera en la Resolución 44 de 1998 (hoy Título IV, Capítulo 3, Sección 4.3.2 de la Resolución CRA 151 de 2001), fijando los valores techo de las tarifas para las diferentes áreas con los aportes solidarios definidos en función de los costos del Área 1 y anotan que éstos se reducirían si se tuvieran que definir con base en los costos de cada zona y los niveles tarifarios resultantes serían inviables para los usuarios de menores ingresos.

Igualmente, la Alcaldía manifiesta que la Consultoría contratada ha presentado una propuesta para la prestación del servicio de aseo en la ciudad, que involucra los principales beneficios de los esquemas de libre competencia y de áreas de servicio exclusivo, siendo el enfoque fundamental el de garantizar la total cobertura del servicio en la ciudad, permitiendo la expansión a usuarios de bajos ingresos bajo el establecimiento de varias zonas operacionales. Con esta combinación, la Administración Distrital espera enmarcarse dentro de la regulación sectorial vigente y dentro de las expectativas del futuro marco regulatorio.

Señala que la prestación del servicio de aseo urbano está soportada por las tarifas calculadas con base en la Resolución CRA 15 de 1997 (hoy Título IV, Capítulo 2, de la Resolución CRA 151 de 2001) y que el inversionista privado recibirá su retribución por la operación de la recolección, transporte, barrido y limpieza de residuos ordinarios y especiales del Distrito a través de estas tarifas, sin demandar compensación adicional por parte de la ciudad. Informan también que el esquema de aportes solidarios está basado en la Resolución 44 de 1998 (hoy Título IV, Capítulo 3, Sección 4.3.2 de la Resolución CRA 151 de 2001).

Así mismo, la Alcaldía presenta un proyecto de Reglamento del Servicio, que establece las reglas básicas de prestación en las áreas diseñadas para el efecto, con sujeción al marco normativo sectorial, involucrando elementos de competencia y de control ciudadano.

La Administración Distrital expresa que encuentra más confiable para la ciudadanía desarrollar el esquema propuesto como **Áreas de Servicio Exclusivo**, ya que *"permite ampliar y mantener la cobertura del servicio a todos los usuarios, en particular a los de menores ingresos, garantiza el equilibrio*

d

económico integral del servicio, mediante la utilización del fondo de solidaridad y redistribución, brinda apertura y flexibilidad para el Manejo Integral de Residuos Sólidos, MIRS, bajo un entorno organizado y coherente y, genera una fuerte dinámica de competencia y racionalidad económica, bajo unas condiciones mínimas de calidad y continuidad del servicio, permitiendo que la reducción en el costo del servicio prestado en cada zona, se traslade directamente a los usuarios de la correspondiente zona".

En este sentido, la Alcaldía de Cartagena de Indias allegó a la Comisión, antes de abrir la licitación que incluya cláusulas para definir áreas de servicio exclusivo dentro de los contratos propuestos, el estudio que contiene un diagnóstico general de la prestación del servicio en el Distrito, el informe de factibilidad técnica y económica para las áreas de servicio exclusivo potenciales, con los resultados de la aplicación de un modelo de simulación de los costos del servicio, el Reglamento General del Servicio de Aseo en el Distrito, con su anexo de Lineamientos Operativos y Comerciales, y el Pliego de Condiciones; con el objeto de justificar la viabilidad, el número y distribución geográfica de las áreas potencialmente viables.

Que con la información aportada por la Alcaldía de Cartagena de Indias, la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico consideró necesario solicitar aclaraciones a la información presentada, lo cual se efectuó mediante oficio CRA-OJ-OR 0128 del 16 de enero de 2001.

Que la Alcaldía respondió a la mencionada solicitud de aclaraciones, mediante comunicación del 23 de marzo de 2001, radicación interna 1158 del 26 de marzo del presente año, información que fue complementada en comunicación de la firma Planeamiento y Gestión de Proyectos PGP Ltda., el día 16 de abril de 2001, radicación interna 1461 del 17 de abril del año en curso.

2. ANÁLISIS DE LA SOLICITUD

2. 1. Escenarios propuestos por la Alcaldía

En comunicación enviada por el nuevo Alcalde Mayor de Cartagena, el día 15 de enero de 2001, se plantean cuatro alternativas para otorgar áreas de servicio exclusivo para la prestación del servicio de aseo en dicha ciudad.

Escenario 1: que sea viable considerar como libre competencia un esquema de establecimiento de compromiso de continuidad por dos años, garantizando un único operador.

2

Escenario 2: que se autoricen áreas de servicio exclusivo (ASE) con revisiones periódicas cada dos años y de ser el caso, se permita el cambio de operador con reglas más sencillas de contratación.

Escenario 3: en caso de requerirse el proceso de licitación pública, se podría optar por establecer una concesión a tres años, con una única prórroga por otros tres.

Escenario 4: se establecerían ASE por un período exclusivo de seis años.

Análisis CRA: Frente a estas propuestas, desde el punto de vista jurídico la CRA conceptúa que los dos primeros escenarios no son viables, mientras que los otros dos escenarios son factibles, siendo el cuarto el más recomendado. En sus posteriores comunicaciones, la Alcaldía acoge el escenario 4.

2. 2. Respuestas a la solicitud de aclaraciones elevada por la CRA

En primer lugar, es necesario precisar que la Alcaldía replanteó el esquema de ASE solicitado, reduciéndolas de cinco a tres áreas, e incluyendo la recolección de residuos sólidos en 13 de los 15 corregimientos del área municipal de Cartagena. Los dos corregimientos (Isla Fuerte e Islas de San Bernardo) serían considerados como posibles puntos de servicios especiales.

Análisis CRA: Sobre el particular, es necesario recordar que la responsabilidad de la prestación del servicio de aseo es de la Alcaldía, razón por la cual estas áreas deben ser tenidas en cuenta. De igual forma, la Alcaldía no puede excluir las actividades de barrido y limpieza en dichos corregimientos.

2.2.1 Frente a lo establecido por el Artículo 6° de la Resolución CRA 11 de 1.996 (hoy incorporada en la Resolución CRA 151 de 2001, artículo 1.3.7.5. Elemento tarifario).

- Se debe presentar la memoria de cálculos que explique el "Riego de Costos", indicando la forma de establecer la proporcionalidad de cada componente del costo que debe asumir cada área.

Reiterativamente la Alcaldía precisa que las cifras presentadas son una aproximación derivada del modelo de costos utilizado para verificar la viabilidad del esquema y que las tarifas definitivas serán las resultantes del proceso de competencia de la licitación. Aclaran que el "riego de costos" es una opción de su modelo, pero que no fue utilizada en los ejercicios presentados a la CRA.

Análisis CRA: Se considera aclarado este punto.

2.2.2 Se debe aclarar el factor de actualización utilizado para traer las cifras en pesos de 1997 a pesos de diciembre de 2000, puesto que al actualizarlas con los índices autorizados por esta Comisión para el efecto no coinciden con la información reportada.

La Alcaldía informa que corrigió el factor de actualización según lo autorizado por la CRA.

Análisis CRA: Una vez calculadas las tarifas máximas de acuerdo con la Resolución 15 de 1997 e indexadas a precios de diciembre de 2000, se siguen presentando diferencias con los valores reportados en el informe. De la aplicación correcta de las tasas de actualización autorizadas por la CRA se obtendrían unas tarifas máximas sensiblemente superiores a las incluidas en el estudio. Teniendo en cuenta que las tarifas finales serán las propuestas por los oferentes y que las calculadas en el estudio constituyen el techo de las mismas, para efectos de la toma de decisión sobre ASE, se da por aclarado este punto.

2.2.3 Se debe recalcular los escenarios tarifarios considerando que de acuerdo con la metodología de las Resoluciones 15 de 1997 y 130 de 2000, el valor del parámetro h_0 a tener en cuenta es de 1 hora para toda la ciudad. En este mismo sentido, nos permitimos precisarle que la tarifa máxima calculada conforme a la metodología vigente es una sola para todo el municipio; por lo tanto, los operadores de las diferentes áreas podrán fijar sus tarifas diferenciales, siempre y cuando no sobrepasen dicha tarifa máxima.

El Distrito argumenta que aplicó la metodología de la Resolución 15 de 1997 con valores de h_0 que varían entre una y tres horas para toda la ciudad. Al comparar los costos estimados por su modelo con las tarifas máximas con $h_0=1$, se encuentra que dichos costos superan las tarifas máximas, principalmente en las zonas de la ciudad que cuentan con usuarios con mayor capacidad de pago, situación que implicaría un subsidio no transparente para éstos y comprometería la viabilidad financiera de la prestación del servicio.

De igual forma, argumentan que la Resolución 130 de 2000 permite a las empresas que se encontraban operando con un h_0 superior a uno, demostrar sus mayores costos en el cálculo del Componente de Recolección y Transporte (CRT). Por lo tanto, consideran equitativo que se aplique un criterio análogo para las empresas que inicien operaciones con posterioridad al plazo fijado en la citada Resolución.

Adicionalmente, el Distrito afirma que en caso de no permitir dichos valores se atentaría contra los criterios de eficiencia económica, suficiencia financiera y neutralidad.

Análisis CRA: Como lo reitera el Distrito, estas tarifas tan sólo son simulaciones que no incidirán en las tarifas que se cobrarán por la prestación del servicio, dado que éstas serán uno de los factores para adjudicar los contratos dentro del proceso licitatorio, en virtud de lo establecido en el parágrafo 1º del Artículo 87 de la Ley 142 de 1994.

2.2.4 Es necesario aclarar si las frecuencias superiores en recolección y transporte de residuos sólidos, que ocasionan ajustes en las tarifas, obedecen a solicitudes expresas de los usuarios, tal como lo establece el Artículo 15 de la Resolución 15 de 1997.

La Alcaldía precisa que el nivel de servicio propuesto en cada zona de la ciudad ha sido consultado con líderes locales y comunitarios, así como con representantes de agremiaciones.

Análisis CRA: Se considera aclarado este punto.

2.2.5. Se debe revisar el cálculo de aportes solidarios para todas las áreas y la distribución de subsidios a los estratos 1, 2 y 3, teniendo en cuenta lo establecido en la Resolución 44 de 1998. Así mismo, para este punto debe tenerse en cuenta que de acuerdo con lo establecido en la Ley 142 de 1994, los excedentes por recaudos de aportes solidarios deben ser transferidos mensualmente, independientemente de que la facturación sea mensual o bimestral.

Se aclara que las cifras presentadas en el informe corresponden a un ejercicio teórico de verificación de viabilidad de la propuesta y que los aportes solidarios serán los definidos por el operador que atienda el mayor número de usuarios de los estratos subsidiables. Se ha precisado en los pliegos, la oportunidad de transferencia de los aportes solidarios.

Análisis CRA: Se considera aclarado este punto.

2.2.6 Frente a lo establecido por el Artículo 7º de la Resolución CRA 11 de 1996 (hoy incorporada en la Resolución CRA 151 de 2001, artículo 1.3.7.5. Condiciones para celebrar contratos en virtud de los cuales se establezca áreas de servicio exclusivo).

Se debe explicar por qué la Administración Distrital considera "más confiable para la ciudadanía desarrollar el esquema propuesto como áreas de servicio exclusivo", puesto que si bien es cierto que esta es una alternativa para propender por la viabilidad financiera del programa de inversiones, posibilitar la obtención de recursos a través del esquema de aportes solidarios y subsidios y ampliar la cobertura, no es la única opción para lograr estos propósitos.

Se argumenta que la razón fundamental es ampliar la cobertura, puesto que el Distrito no tiene forma de mejorarla sin garantizar contractualmente la permanencia de los operadores por un período determinado. Igualmente, afirma que a la fecha ningún operador ha manifestado su interés por prestar el servicio a los usuarios no atendidos actualmente. Mencionan que las ASE impiden el descreme del mercado. Consecuente con la Ley 632 de 2000, se incluirá en la misma licitación, como un grupo especial para adjudicar a un sólo operador, el servicio de recolección de residuos hospitalarios patógenos.

Análisis CRA: Se considera aclarado este punto.

2.2.7 Es necesario demostrar que los recursos disponibles en un horizonte de mediano y largo plazo no son suficientes para extender la prestación del servicio de aseo a los estratos de menores ingresos, que no se podría lograr esto con el esquema actual y que el municipio no dispone en su presupuesto de recursos para otorgar subsidios a los usuarios de bajos ingresos, que contribuyan a hacer viable financieramente el servicio público domiciliario de aseo.

Textualmente el Distrito manifiesta: "Actualmente, la prestación del servicio de aseo urbano en la ciudad de Cartagena origina una facturación anual cercana a los \$19.000 millones, sin prestar el servicio a buena parte del área urbana y los corregimientos. En los ejercicios desarrollados por la consultoría, se estima que con un volumen de facturación similar a la actual se puede ampliar la cobertura del servicio a los usuarios no atendidos, como se indica en los puntos 9 y 10 de esta comunicación, además de cubrir los costos de la interventoría y apoyar a la gestión integral de residuos sólidos, ampliación de cobertura que no se ha dado hasta la fecha, a pesar de que el modelo indica que con estos niveles de ingresos sería posible". (página 7 de su respuesta, oficio con radicación interna CRA 1158 de 2001)

Análisis CRA: Como puede observarse y según lo manifiesta la misma Alcaldía, no se cumple con uno de los requisitos establecidos en la Resolución 11 de 1996 para que esta Comisión pueda verificar la existencia de los motivos que

permitan establecer áreas de servicio exclusivo para la prestación del servicio ordinario de aseo, en el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias.

2.2.8. En este sentido, se debe justificar por qué, aún con la creación y puesta en marcha del Fondo de Solidaridad y Redistribución del Ingreso, se considera necesaria la creación de áreas de servicio exclusivo para garantizar el incremento en la cobertura del servicio y el mejoramiento en la calidad del mismo.

La Alcaldía manifiesta que se respondió en el punto 6.

Análisis CRA: Se considera aclarado este punto.

2.2.9 Frente a lo establecido por el Artículo 8° de la Resolución CRA 11 de 1996 (hoy incorporada en la Resolución CRA 151 de 2001, artículo 1.3.7.7. Verificación de los motivos).

Se debe precisar qué áreas y el número de usuarios no atendidos por los actuales contratos y el número de nuevos usuarios por estrato en cada área a los cuales se extendería el servicio durante el plazo del contrato, así como los índices de cobertura exigidos y los programas de expansión. Debe demostrarse que efectivamente la cobertura se amplía a los usuarios de estratos bajos.

Presentan cuadro de distribución de usuarios, incluyendo los suscriptores incrementales dentro del Distrito y en los corregimientos, calculando un total de 18.180 nuevos usuarios, de los cuales 17.590 corresponden a los estratos 1, 2 y 3.

Análisis CRA: Se considera aclarado este punto.

2.2.10 Se debe aclarar inconsistencias que se presentan en los cuadros 1.10, 2.2 y 2.7 del estudio de factibilidad técnica y económica, puesto que mientras se presenta la cifra de 13.735 usuarios potenciales de los estratos 4, 5 y 6, al tiempo se informa que los actuales operadores reportaron a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios un total de 22.490 usuarios en los mismos estratos.

Aclaran que hay inconsistencia sobre la información de usuarios reportada por Planeación Distrital y por los operadores actuales, tomando esta última como la más confiable. Según el cuadro mencionado en la respuesta anterior, el número de usuarios de los estratos 4, 5 y 6 es de 22.955.

Análisis CRA: Se considera aclarado este punto.

2.2.11. Atendiendo todas las observaciones de este oficio, se debe revisar la viabilidad del establecimiento de las áreas de servicio exclusivo y presentar las proyecciones financieras que demuestren dicha viabilidad y analizar la conveniencia para escoger el horizonte de tiempo por el cual se propone otorgar la exclusividad.

Para demostrar la viabilidad técnica y económica la Alcaldía compara el costo medio del servicio con las tarifas máximas con $H_0=3$. No presentan proyecciones financieras, puesto que indican que éstas dependerían de la estrategia de financiamiento del operador. Por el contrario, presentan ejercicios de viabilidad y sensibilidad.

Análisis CRA: El Distrito presenta como viable el servicio demostrando el equilibrio entre contribuciones y subsidios. Sin embargo, no hace referencia al hecho de que en sus proyecciones los costos superan los ingresos esperados, considerando una eficiencia en el recaudo.

Por otra parte, se plantea el ejercicio teniendo en cuenta unos niveles de subsidios que al final del periodo de transición, superarían los topes máximos permitidos por la Ley.

Por lo anterior, se considera que la Alcaldía no ha aclarado este punto adecuadamente.

2.2.12 Se debe presentar un programa de mejoramiento continuo en el indicador de recaudo de la facturación, así como también explicar por qué se requieren ASE para que éste pueda mejorar. En este sentido, el recaudo parece exageradamente bajo para los estratos 1, 2 y 3 y sorprende que para los grandes generadores de residuos sólidos sea del 87%. Explicar estos indicadores teniendo en cuenta que la facturación se hace conjuntamente con el servicio de energía.

Anotan que actualmente los operadores no tienen responsabilidad en el área comercial, por lo cual no ha habido grandes avances en este campo. El esquema propuesto busca que los operadores asuman el riesgo comercial. Por tener un alto porcentaje de población que vive en condiciones de miseria, el manejo de la clientela de bajos ingresos es difícil, incluso para Electrocosta.

Análisis CRA: Se considera aclarado este punto.

2.2.13 Es necesario aclarar las razones por las cuales si los operadores actuales gozan de área de servicio exclusivo (ASE), no se han mejorado algunos indicadores de calidad del servicio ni aumentado la cobertura y por qué ello se lograría con el establecimiento de nuevas ASE.

Precisan que si bien el contrato actual es con ASE, éstos son anteriores a la Ley, por lo cual no contemplan todos los aspectos que se deben considerar actualmente, ni penalidades por incumplimiento de los compromisos. Así mismo, manifiestan la falta de un mejor control y administración de los contratos por parte de las anteriores administraciones distritales.

Análisis CRA: Se considera aclarado este punto.

2.2.14 Se debe enviar a esta Comisión la Minuta del Contrato que se suscribiría con los nuevos operadores.

Se entregó copia en diciembre de 2000, pendiente de hacer algunos ajustes de acuerdo con el concepto de la CRA sobre los diferentes escenarios planteados.

Análisis CRA: Se considera parcialmente aclarado este punto.

2.2.15 Frente a lo establecido por el Artículo 9° de la Resolución CRA 11 de 1996 (hoy incorporada en la Resolución CRA 151 de 2001, artículo 1.3.7.8. Condiciones que deben llenar los contratos).

Es necesario precisar las medidas a tomar por parte de la Administración Distrital para que, al inicio de los contratos, la cobertura sea del 95%, teniendo en cuenta que actualmente es del 74,3% y justificar por qué no se exige el 100% de dicho índice desde el inicio de los mismos.

Aclaran que por la inconsistencia de la información, el porcentaje de cobertura no es preciso, pero que en cualquier caso, contando con el funcionamiento del Fondo de Solidaridad, una interventoría permanente a los contratos y con unas metas de gestión en los compromisos contractuales apoyados en un esquema sancionatorio, se permitirá garantizar una mayor cobertura y calidad en la prestación del servicio.

Análisis CRA: Se considera aclarado este punto.

2.2.16 Se debe precisar las medidas a tomar por el contratante, dentro de sus facultades legales, para hacer efectiva la exclusividad que se otorga al contratista.

El Distrito menciona que adelanta el trámite formal para la declaratoria de ASE, estableciendo un reglamento general de prestación del servicio en la ciudad en el que sólo podrán participar los operadores que tengan áreas asignadas por el Distrito. Como caso extremo, plantean la aplicación de medidas policivas.

Análisis CRA: Se considera aclarado este punto.

2.2.17 Es necesario precisar que la legislación vigente no admite una combinación entre condiciones de libre competencia y áreas de servicio exclusivo, por ser estas dos modalidades excluyentes. Por ello, si se contrata un área de servicio exclusivo por un término de ocho años, no es posible sujetar la permanencia del operador únicamente a períodos de dos años, permitiendo la entrada de un nuevo proponente antes del plazo final. Lo anterior no obsta para establecer causales de terminación anticipada del contrato en caso de incumplimiento por parte de los operadores de algunas de las condiciones establecidas previamente en la contratación.

Aclaran que en la comunicación de Diciembre de 2000, plantearon 4 escenarios para consideración de la CRA y utilizan el escenario 4 para los pliegos presentados finalmente.

Análisis CRA: Se considera aclarado este punto.

2.2.18 Se debe incluir en el pliego de condiciones todas aquellas obligaciones que según la Ley deben estar en las condiciones uniformes de los contratos y que deben ser asumidas por el contratista.

Manifiestan que en el numeral 2.2 del pliego incluyen esta condición.

Análisis CRA: Se considera aclarado este punto.

2.2.19. Es necesario presentar el modelo y las cifras de proyección del valor presente neto del contrato para el contratista.

Se omitió esta pregunta.

Análisis CRA: Queda pendiente este requisito.

2.3 CONCLUSIONES

2

El artículo 1.3.7.6 de la Resolución CRA 151 de 2001, es claro en establecer:

"[...] Condiciones para celebrar contratos en virtud de los cuales se establezcan áreas de servicio exclusivo. Los contratos que incluyan cláusulas sobre áreas de servicio exclusivo, solo podrán celebrarse siempre que el representante legal de la entidad territorial competente demuestre:

- a. Que los recursos disponibles en un horizonte de mediano y largo plazo no son suficientes para extender la prestación del servicio a los estratos de menores ingresos y que con su otorgamiento se obtenga, directa o indirectamente, el aumento de cobertura a dichos usuarios, sin desmejorar la calidad del servicio; y
- b. Que la organización de un área de servicio exclusivo produciría economías que permitirían, con los recursos disponibles, llevar o subsidiar el servicio a dichos usuarios. [...]"

Que como puede observarse y según lo manifiesta la misma Alcaldía (ver numeral 2.2.7), no se cumple con los requisitos anteriormente señalados en el artículo en mención, como se analizó en los numerales 2.2.7 y 2.2.11 el presente escrito y la Comisión no puede verificar la existencia de los motivos que permitan establecer áreas de servicio exclusivo para la prestación del servicio público domiciliario de aseo, en el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias.

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO.- Ámbito de aplicación.- Esta resolución se aplica al Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, de acuerdo con la solicitud presentada por el señor Alcalde Municipal.

ARTICULO SEGUNDO.- Existencia de los motivos que aseguran la viabilidad del área de servicio exclusivo de aseo solicitada.- Debido a que el Alcalde del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, no demostró el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 7 de la Resolución CRA 11 de 1996 (hoy incorporada en la Resolución CRA 151 de 2001, artículo 1.3.7.6) por las razones expuestas en la parte motiva del presente acto, para la Comisión no fue posible verificar la existencia de los motivos que permitan la

inclusión de áreas de servicio exclusivo, en los términos de lo establecido por los artículos 40 de la Ley 142 de 1994 y 9° de la Ley 632 de 2000.

ARTICULO TERCERO.- Notificaciones.- Notifíquese personalmente el contenido de la presente resolución al Alcalde del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, entregándole copia de la misma, advirtiéndole que contra ella sólo procede el recurso de reposición ante la Comisión, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de su notificación.

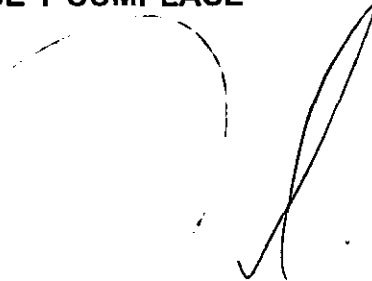
ARTÍCULO CUARTO.- Vigencia. La presente resolución rige a partir de la fecha de su notificación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá a los 21 MAYO 2000.



JUAN ALFREDO PINTO SAAVEDRA
Presidente



JORGE ENRIQUE ÁNGEL GÓMEZ
Director Ejecutivo